

EROS BELIN DE MOURA CORDEIRO

**A REVISÃO DOS CONTRATOS NA NOVA SISTEMÁTICA CODIFICADA
BRASILEIRA E A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite.

CURITIBA
2005

EROS BELIN DE MOURA CORDEIRO

**A REVISÃO DOS CONTRATOS NA NOVA SISTEMÁTICA CODIFICADA
BRASILEIRA E A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná.

De acordo: Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite

- Orientador –

EROS BELIN DE MOURA CORDEIRO

**A REVISÃO DOS CONTRATOS NA NOVA SISTEMÁTICA CODIFICADA
BRASILEIRA E A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva
Universidade de São Paulo

Curitiba, 24 de junho de 2005

Agradeço

aos meus pais, Auracyr Azevedo de Moura Cordeiro, meu primeiro (e eterno) professor de Direito, e Inês Belin de Moura Cordeiro, que desde meus primeiros anos de vida incentivou-me a ler, estudar e escrever;

ao professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite, paradigma de pensador e cientista, não somente pela segura orientação, mas também pelo carinho dedicado durante todo o trabalho;

ao professor Doutor Paulo Nalin, pelo incentivo e indicações bibliográficas;

à professora Doutora Rosalice Fidalgo Pinheiro, não só pelos livros emprestados, mas igualmente pelas ricas discussões travadas acerca de temáticas afetas à esta pesquisa;

aos amigos e colegas de mestrado Rafael Caviachioli, Guilherme Romam Borges, Érica de Oliveira Hartmann e Marco Marrafon, pelo companherismo e pelos debates de idéias expostas nesta pesquisa;

aos professores Geraldo Polla e Raquel Padilha, pelo enorme auxílio na tradução dos textos em língua italiana e francesa;

à Noemia, simplesmente por tudo.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
RIASSUNTO.....	viii
RESUMEN.....	ix
INTRODUÇÃO.....	1
PARTE I: A FORMATAÇÃO DA REVISÃO CONTRATUAL SOB OS PRESSUPOSTOS DA TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL.....	8
Capítulo 1 DIREITO E RACIONALIDADE MODERNA: A CONSTRUÇÃO DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS COM PRETENSÃO DE UNIVERSALIDADE E PERPETUIDADE.....	8
Capítulo 2 A TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL E A ABSOLUTA VALORIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO IRRESTRITO DO CONTEÚDO DO PACTO.....	39
Capítulo 3 REVISÃO DOS CONTRATOS NO UNIVERSO DA TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL E A SUA REPERCUSSÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO DO INÍCIO DO SÉCULO PASSADO.....	73
PARTE II: CRISE DA TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL E A REFORMULAÇÃO DO PAPEL DA REVISÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO.....	110
Capítulo 1 O RESGATE DA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> EM MEIO À CRISE DA TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL: O RESSURGIMENTO DA REVISÃO DOS CONTRATOS EM DECORRÊNCIA DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS.....	110
Capítulo 2 A RECONSTRUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL À LUZ DA ORDEM CONTEMPORÂNEA E A RECONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO	

<i>PACTA SUNT SERVANDA: O PAPEL EMANCIPATÓRIO DA REVISÃO DOS CONTRATOS</i>	151
Capítulo 3 O PAPEL CONTEMPORÂNEO DA REVISÃO CONTRATUAL E A NOVA CODIFICAÇÃO BRASILEIRA: LEITURA DOS DISPOSITIVOS CODIFICADOS QUE PERMITEM A REVISÃO CONTRATUAL À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL	204
CONCLUSÃO	241
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	248
ÍNDICE	265

RESUMO

A presente pesquisa tem como objeto a busca da reconstrução do papel desempenhado pela revisão contratual. Mais precisamente, vê na revisão contratual instrumento poderoso para concretização do modelo contratual extraído dos princípios contratuais. Ainda vista como instrumento absolutamente excepcional, a possibilidade de modificação do conteúdo da relação contratual, preservando-a e reequilibrando-a, teve e tem sua extensão alterada no curso dos anos. A característica e a função desempenhada pelo contrato quando da formatação da teoria contratual clássica não permitiram que fosse desenvolvido um mecanismo efetivo de revisão do contrato que possibilitasse, simultaneamente, a sua preservação e o reajuste das obrigações nele previstas visando concretizar os princípios e valores contratuais contemporâneos extraídos da Constituição brasileira (dignidade da pessoa humana, solidariedade e justiça contratual). Tal impossibilidade de alteração do conteúdo do contrato, revestido de uma armadura jurídica intangível capitaneada, basicamente, pelo princípio *pacta sunt servanda*, entrou desde os primeiros momentos em crise. Crise que, gradativamente, foi aumentando; fatos sociais exigiam constantemente o resgate da cláusula *rebus sic stantibus* (fenômeno demonstrador do ressurgimento da revisão dos contratos pela alteração das circunstâncias, isto é, por causas supervenientes à contratação), reformulada por Bártolo no medievo e esquecida nas grandes codificações oitocentistas (igualmente ignorada na primeira codificação brasileira). Essa constante interpenetração dos fatos na teoria jurídica contratual permanece (acompanha a dinâmica social e é inerente ao Direito) e exige um repensar da função da revisão contratual (que gradativamente teve seu espectro aumentado pelos tribunais, revisando o contrato não apenas por causas supervenientes, mas também considerando causas contemporâneas à contratação). Partindo-se então dos princípios e valores fundamentais presentes no texto constitucional, busca-se a reformulação do papel da revisão contratual concebendo-a como instrumento de concretização do modelo contratual constitucionalizado, seja por meio da aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações contratuais entre particulares, seja pela hermenêutica construtiva de inspiração constitucional de dispositivos da nova codificação brasileira que permitem a revisão do conteúdo do pacto.

RIASSUNTO

La presente ricerca ha per scopo la ricostruzione del ruolo svolto dalla revisione contrattuale. Più precisamente, trova nella revisione contrattuale strumento poderoso alla realizzazione del modello contrattuale ricavato dai principi contrattuali. Ancora vista come strumento assolutamente eccezionale, la possibilità di modifica del contenuto della relazione contrattuale, preservandola e controbilanciandola, ha avuto e ha la sua estensione alterata nell'arco degli anni. La caratteristica e la funzione svolta dal contratto quando della formattazione della teoria contrattuale classica non hanno permesso che fosse sviluppato un meccanismo effettivo di revisione del contratto che permettesse, allo stesso tempo, la sua preservazione e il suo aggiustare degli obblighi in esso previsti cercando di concretizzare i principi e valori contrattuali contemporanei ricavati dalla Costituzione brasiliana (dignità della persona umana, solidarietà e giustizia contrattuale). Tale impossibilità di alterazione del contenuto del contratto, rivestito da corazza giuridica intangibile diretta, fondamentalmente, dal principio *pacta sunt servanda*, è entrato dai primi momenti in crisi. Crisi che man mano, è aumentata; fatti sociali esigevano costantemente il riscatto della clausola *rebus sic stantibus* (fenomeno che dimostra il risorgimento della revisione dei contratti con il variare delle circostanze, cioè, da cause sopravvenienti alla contrattazione), riformulata da Bártolo nel medioevo e dimenticata nelle grandi codificazioni dell'ottocento (ignorata anche nella prima codificazione brasiliana). Questa costante interpenetrazione dei fatti nella teoria giuridica contrattuale rimane (accompagna la dinamica sociale e è inerente al Diritto) e esige un ripensare della funzione della revisione contrattuale (che in modo graduale ha avuto il suo spettro aumentato dai tribunali, revisionando il contratto non soltanto in funzione delle cause sopravvenienti, ma pur considerando cause contemporanee alla contrattazione). Si partendo allora dai principi e valori fondamentali presenti nel testo costituzionale, si cerca la riformulazione del ruolo della revisione contrattuale concepandola come strumento di attuazione del modello contrattuale costituzionalizzato, sia attraverso l'applicazione diretta dei principi costituzionale nelle relazioni contrattuali tra i privati o dall'ermeneutica costruttiva di ispirazione costituzionale di dispositivi della nuova codificazione brasiliana che permettono la revisione del contenuto del patto.

RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo la búsqueda de la reconstrucción del papel que ejerce la revisión contractual. Más específicamente, vislumbra a la revisión contractual como instrumento poderoso que concretiza el modelo contractual extraído de los principios contractuales. Aunque considerada todavía como instrumento absolutamente excepcional, la posibilidad de modificación del contenido de la relación contractual, preservándola y reequilibrándola, ha tenido y tiene su extensión alterada en el transcurso de los años. La característica y la función ejercida por el contrato durante la formatación de la teoría contractual clásica no permitieron que se desarrollara un mecanismo eficaz para la revisión del contrato que hiciera posible, simultáneamente, su preservación y el reajuste de las obligaciones que estuvieran prevista en él con el propósito de concretizar los principios y valores contractuales contemporáneos extraídos de la Constitución brasileña (dignidad humana, solidaridad y justicia contractual). Dicha imposibilidad para alterar el contenido del contrato, envuelto en una armadura jurídica intangible, capitaneada, básicamente, por el principio de *pacta sunt servanda*, entró en crisis desde los primeros momentos. Crisis que gradualmente fue aumentando; acontecimientos sociales exigían continuamente que se rescatara la cláusula *rebus sic stantibus* (suceso que demuestra el renacimiento de la revisión de los contratos como consecuencia de la alteración de las circunstancias, es decir, por causas sobrevinientes a la contratación), reformulada por Bártolo durante la Edad Media y olvidada por las grandes codificaciones ochocentistas (ignorada igualmente por la primera codificación brasileña). Esa constante interpretetación de los hechos en la teoría jurídica contractual permanece (acompaña a la dinámica social y es inherente al Derecho) y exige un pensar de nuevo sobre la función de la revisión contractual (cuyo espectro ha ido aumentando paulatinamente en los tribunales, no apenas en la revisión del contrato por causas sobrevinientes sino también considerando las causas contemporáneas a la contratación). Es por eso que partiendo de los principios y valores fundamentales presentes en el texto constitucional, se busca la reformulación del papel de la revisión contractual concibiéndola como instrumento de concretización del modelo contractual constitucional, bien por medio de la aplicación directa de los principios constitucionales en las relaciones contractuales entre particulares o a través de la hermenéutica constructiva de inspiración constitucional de las disposiciones de la nueva codificación brasileña que hacen posible la revisión del contenido del pacto.

INTRODUÇÃO

É tema comum falar em crise do contrato e da teoria contratual para responder às exigências da sociedade atual. A insuficiência do modelo jurídico tradicional do contrato, abstrato, patrimonialista e calcado exclusivamente na vontade partes, pode levar a duas respostas possíveis: uma seria a sua desconsideração como objeto de estudo, como se a humanidade tivesse alcançado um estágio na vida negocial que prescindisse por completo da definição jurídica de contrato¹; a segunda seria a sua reconstrução, isto é, buscar um novo significado ao contrato (e ao corpo de princípios que o informam), de modo a revitalizá-lo e capacitá-lo a enfrentar os desafios da contemporaneidade.

A primeira resposta não é adequada: o contrato é fenômeno econômico, social e jurídico cada vez mais importante na sociedade massificada atual². A segunda alternativa é a viável. Nesse sentido, a crise do contrato não é a do instituto em si, mas de um dado modelo contratual que não mais corresponde à realidade atual³. É preciso, então, redescobrir o contrato, redimensionando seus fundamentos principiológicos e renovando suas bases teóricas.

A crise do contrato suscita, desse modo, uma rica e frutífera reflexão em torno dos problemas contratuais. Contestam-se mitos e dogmas sedimentados quando da formulação da teoria contratual clássica ou tradicional, a começar pela

¹ Cogitou-se, inclusive, que o contrato “não mais poderia ser um válido argumento de reflexão” (constatação de GILMORE, Grant. **La morte del contratto**, p. 3; tradução livre de: “*non può più essere un valido argomento di riflessione*”).

² “Com efeito, o contrato jurisdiciza o fenômeno mais freqüente do cotidiano das pessoas, em todas as épocas. Na sociedade atual, a cada passo, o cidadão ingressa em relações negociais, consciente ou inconscientemente, para satisfação de suas necessidades e desejos e para adquirir e utilizar os bens da vida e os serviços. Até mesmo quando dormimos, poderemos estar assumindo obrigações contratuais, como se dá com os fornecimentos de luz ou de água”. (LÔBO, Paulo Luiz Neto. Transformações gerais nos contratos. In: **Revista trimestral de direito civil**, v. 16, p. 103).

³ O contrato não está morto, e sim o modelo tradicional de contrato que não mais atende à demanda atual: “Morto por consunção e senectude ou caído no letargo que precede a morte, e ainda não percebido por muitos juristas, é o paradigma liberal do contrato que não consegue ressuscitar apesar do admirável esforço realizado pelos pandectistas de ontem e de hoje” (LÔBO, P. L. N. *Idem*, p. 109).

própria idéia de que o direito obrigacional (e o direito contratual, de modo particular) não é afeto à mudanças. Enfim, edifica-se uma *teoria contratual crítica*.

Nessa ordem de idéias, cabe indagar as maneiras pelas quais se pode extrair das críticas à teoria contratual tradicional um redesenho do contrato. Mais precisamente, após consolidada a noção de que o modelo tradicional está em crise, é necessário dar o passo adiante: ir atrás de possíveis soluções, de modo a efetivamente reconstruir a teoria contratual e a noção de contrato.

O desafio de encontrar respostas à crise contratual, no entanto, não se apresenta como uma tarefa simples. Afinal, a teoria contratual tradicional fora construída há mais de dois séculos e a sua força pode ser atestada na doutrina majoritária (especialmente a manualística, que reproduz, na maior parte das vezes de forma a-crítica, os saberes formatados na modernidade⁴). Mas muito mais do que enaltecer o poder da noção tradicional de contrato, o reconhecimento da complexidade na superação da crise do contrato é a conscientização de que o Direito é, por si, complexo.

Uma das principais características da teoria jurídica contratual tradicional (e de toda a teoria jurídica moderna) é a sua simplificação: todo o fenômeno jurídico é reduzido a categorias formais com pretensão de universalidade e perpetuidade. A resposta jurídica, então, seria sempre simples: acontecido o fato, subsume-o à hipótese jurídica adequada e tem-se a solução⁵. A descoberta de que os fatos não enquadrados nas hipóteses normativas (e nas categorias jurídicas confeccionadas pela ciência do direito) também são dotados de dignidade jurídica é recente e implica a assunção, por parte do jurista, da historicidade presente em todas as

⁴ “Parece-nos que toda essa ênfase dada às mudanças incorporadas ao direito civil atual está a demonstrar que, na verdade, ainda sobrevive a crença no sistema científico oitocentista e no seu propósito de construção de um Direito à prova do tempo, dada a sua coerência e precisão dogmáticas” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas, p. 8).

⁵ Tem-se, então, um direito potestativo, em que o Direito, complexo em sua essência por estar compenetrado com a sociedade, “se converte em dimensão de poder e acaba marcado intimamente pelo poder. Em outras palavras, se agrava a dimensão autoritária do ‘jurídico’, agravando-se ademais sua alarmante separação da ‘sociedade’”. (GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**, p. 44; tradução livre para o português de “*se convierte en dimensión autoritaria de lo <<jurídico>>, agravándose además su alarmante separación de la <<sociedad>>*”).

categorias jurídicas.⁶ Isto significa dizer que o Direito *é eternamente reconstruído, de modo que toda e qualquer resposta alcançada relacionada a alguma matéria jurídica é sempre provisória.*

Essa constatação é de suma importância na missão de se encontrar soluções à crise contratual, pois *não há uma fórmula “mágica” que dê a resposta pronta e satisfatória a toda problemática em torno do contrato.* As soluções são encontradas no seu tempo a partir dos problemas reais e concretos de uma dada época, ou seja, “o que é dado passa a ser construído a partir do momento histórico em que se insere essa construção”.⁷

Tais indagações são fundamentais como forma de concretização da visão contemporânea do contrato, isto é, aquela condizente com o seu tempo. E a descoberta da ordem contratual revitalizada passa pela principiologia constitucional. A Carta Magna de 1998 representa marco substancial no ordenamento jurídico pátrio ao trazer nova ordem axiológica, calcada na valorização da pessoa e na solidariedade social.

Tal ordem de idéias transposta para as relações jurídicas civis (especialmente, neste trabalho, para as relações obrigacionais) implica uma visão diferenciada do contrato tradicional e impõe a necessidade de repensar os fundamentos básicos da teoria geral clássica dos contratos. Nesse sentido, várias obras de nível surgiram no cenário jurídico nacional buscando, justamente, reformular o contrato sob o prisma dos valores e princípios constitucionais fundamentais.⁸

⁶ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: **Temas de direito civil**, p. 218: “a relativização dos conceitos jurídicos, conquista indiscutível da civilística atual, altera a compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo e permeia, portanto, a própria dogmática. No momento exato em que rompe com o caráter absoluto dos institutos jurídicos, obriga-nos a considerar sempre em mutação nossas categorias e teorias, todas historicamente condicionadas. E, sob este ponto de vista, nem mesmo precisaríamos recorrer ao adjetivo *novo* para qualificar a teoria contratual que floresce das relações de consumo, senão apenas para, em homenagem à retórica ou – vá lá – à didática, enfatizar as transformações ocorridas nesta mesma dogmática”.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**, p. 240.

⁸ Podem ser apontadas como exemplos as obras de NALIN, Paulo (**Do contrato: conceito pós-moderno** (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional) e NEGREIROS, T. (**Ob. cit.**).

Essa reconstrução da teoria contratual a partir da principiologia constitucional, no entanto, necessita de mecanismos de efetivação. Em outras palavras, é preciso municiar os aplicadores e estudiosos do Direito de instrumentos concretos que possibilitem realizar as transformações ventiladas. A pergunta que se impõe, então, é a seguinte: de que instrumentos podem-se valer os estudiosos do Direito Contratual para efetivar o redesenho do contrato?

A questão é pertinente em tempos de crise, pois toda crise pressupõe superação.⁹ Mais precisamente, ela envolve o ponto nodal de readequar aos tempos atuais o instituto contrato e, ao mesmo tempo, preservá-lo (dada a sua importância fundamental no sistema). Isso significa *revitalizar o contrato de maneira a possibilitá-lo a cumprir o papel a ele destinado pelo constituinte, ou seja, como veículo concretizador dos valores existenciais do homem* (premissa esta que permeia toda a pesquisa).

A revisão do contrato, neste contexto de mudanças sociais e metodológicas, ganha especial importância, pois possibilita ao juiz preservar o contrato à luz dos valores constitucionais. Trabalha, nesse sentido, como meio de concretização dos princípios constitucionais no seio da relação contratual, *revitalizando-a*. Desse modo, levando-se em consideração a necessidade de superação da crise contratual, revisitar o papel exercido pela revisão contratual mostra-se um estudo que merece ser feito.¹⁰

Classicamente, a revisão contratual sempre esteve ligada ao fenômeno da alteração das circunstâncias. Era vista como um remédio amargo, pois implicava uma verdadeira invasão dos fatos na sistemática contratual, centrada fundamentalmente da responsabilidade contratual derivada da livre manifestação de

⁹ “Outro tempo, novos conceitos. A crise pressupõe idéia de superação, a expressão segmentada que tem como premissa a possibilidade de encontrar sentido em outras perspectivas”. (FACHIN, L. E. **Ob. cit.**, p. 318).

¹⁰ Nesse sentido, a pesquisa debruça-se sobre o papel da revisão dos contratos civis, nela visualizando mecanismo efetivo de resposta à suposta crise contratual; não será analisada, portanto, a revisão de outras categorias de contratos, em especial os contratos administrativos, dotados de peculiaridades próprias, assunto que foge do recorte temático apresentado e demanda estudo próprio.

vontade.¹¹ Precisamente por isso pode ser interpretada como o primeiro grande sintoma da crise do contrato, já que reflete a insuficiência da teoria tradicional no enfrentamento de fatos novos que surgiram especialmente a partir do século XX.

Renascidas nos escombros das grandes guerras do século passado, as teorizações em torno da medieval cláusula *rebus sic stantibus* colocaram a nu a crise contratual: o contrato, outrora tido como incontestável fonte de justiça (exercício direto da liberdade individual, manifestada na célebre frase de FOULLIÈRE: “quem diz contratante diz justo”¹²), passou a dar azo a desequilíbrios e se figurar como causa de mazelas humanas. Esse cenário não se alterou no mundo pós-guerra: a consolidação da sociedade de massas esvazia cada vez mais a autodeterminação individual, de modo que grande parte da população mundial não mais contrata, mas tão-somente submete-se à disposições contratuais. Nesse contexto cresce o número de demandas judiciais que pleiteiam flexibilizar o princípio da obrigatoriedade dos contratos em nome de uma relação contratual mais equilibrada.

No entanto, as teorias em torno da revisão do contrato permaneceram estanques. Presas às premissas contratuais clássicas (que valoram excessivamente a responsabilidade derivada da manifestação de vontade) e apegadas exclusivamente à alteração das circunstâncias, reduzem significativamente a possibilidade de redesenho contratual à luz dos valores contemporâneos. Este cenário teórico, importado da Europa para o Brasil, ainda prevalece, apesar dos avanços consubstanciados no texto constitucional de 1988.

A consequência de tal estagnação das teorizações em torno da revisão contratual é a constante utilização por parte da jurisprudência de teorias elaboradas para uma dada realidade passada visando remediar situações típicas da contemporaneidade. Assim, a clássica teoria da imprevisão, por exemplo, é muitas

¹¹ A dificuldade trazida pela revisão contratual poder ser sintetizada na qualificação dada por MENEZES CORDEIRO: “uma intromissão incômoda dos factos no Mundo do Direito” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**, p. 964).

¹² *Apud* NALIN, P. **Ob. cit.**, p. 109.

vezes evocada a atender fenômenos para os quais não foram preparadas (como a variação cambial).

A gama variada de situações as quais a revisão contratual foi chamada a atuar exige dos estudiosos uma reflexão em torno da flexibilização do *pacta sunt servanda*. Nesse sentido, gradativamente foi sendo admitida a revisão contratual fora dos limites do fenômeno da alteração das circunstâncias aceitando-se a revisão por circunstâncias contemporâneas à contratação, tais como a lesão e as cláusulas abusivas¹³. No entanto, é possível alcançar mais: pode-se revisar o contrato a partir dos princípios e valores fundamentais expostos na Constituição da República. A revisão contratual, assim, deve ser encarada como o grande instrumento dogmático para aplicação dos valores constitucionais no âmbito contratual.

A problemática realça-se com o surgimento do novo Código Civil. Novo código que preservou a mesma estrutura da codificação anterior, embora tenha consagrado avanços, especialmente em relação à função social do contrato. No entanto, quanto à revisão contratual, embora tenha sido ampliada e ressaltada, inclusive, pela adoção da lesão (artigo 157), continua presa ao subjetivismo e ao voluntarismo, como se denota claramente de dispositivos como o artigo 317 e a parte final do artigo 478. Daí a necessidade de uma hermenêutica construtiva dos dispositivos codificados que permitem a revisão dos contratos, considerando sua função objetiva e em consonância com os valores contemporâneos.

A proposta desta pesquisa, portanto, é o redimensionamento do papel exercido pela revisão contratual, atentando-se a este quadro de mudanças. A partir do que foi exposto, apresenta-se o plano do trabalho constante das páginas seguintes.

O estudo é desenvolvido em duas partes. A primeira é destinada à análise da revisão contratual inserida na teoria tradicional dos contratos, levando-se em consideração a formação da racionalidade moderna (que presidiu a construção da teoria contratual tradicional), tema desenvolvido no capítulo primeiro. Os

¹³

Nesse sentido, SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do código civil ao código de defesa do consumidor, p. 41, separando com precisão as causas de revisão contratual contemporâneas à contratação das supervenientes à contratação.

pressupostos da concepção do contrato clássico, que fecharão as portas para a possibilidade da revisão contratual, analisados no segundo capítulo. O silêncio a respeito do tema na primeira codificação brasileira (1916) e as teorizações nacionais iniciais sobre a revisão são enfocados no terceiro capítulo.

A segunda destina-se à reconstrução das bases da teoria contratual clássica, levando-se em consideração a crise da concepção tradicional e as possibilidades teóricas que daí derivam, em especial com referência ao novo papel que passa a ser desempenhado pela revisão contratual. No primeiro capítulo é estudado o ressurgimento da revisão dos contratos no mundo em meio às grandes guerras do início do século passado e a fragilidade das teorizações clássicas sobre a revisão contratual; no segundo capítulo evoca-se a possibilidade de a revisão dos contratos servir de instrumento de concretização dos princípios constitucionais de modo a redesenhar o contrato à luz dos valores constitucionais; por fim, com base em uma hermenêutica construtiva de índole constitucional, são analisados no terceiro capítulo os dispositivos da nova codificação brasileira que permitem a revisão dos contratos, enfatizando as causas de revisão contemporâneas e supervenientes à contratação.

Com isso, possibilita-se dar um novo papel à revisão contratual na contemporaneidade, de modo a aproximar o Direito da realidade social e, acima de tudo, ajudar a redescobrir o Direito civil como “serviço de vida”¹⁴.

¹⁴

FACHIN, L. E. **Ob. cit.**, p. 18: “Numa expressão, o Direito Civil deve, com efeito, ser concebido com ‘serviço da vida’ a partir de sua raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico, mas sim para afastar do tecnicismo e do neutralismo. Não sucumbir, enfim, ao saber virtual”.

PARTE I: A FORMATAÇÃO DA REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS SOB OS PRESSUPOSTOS DA TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL

Capítulo 1 DIREITO E RACIONALIDADE MODERNA: A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS COM PRETENSÃO DE UNIVERSALIDADE E PERPETUIDADE

1.1 Premissa metodológica: análise histórico-crítica de institutos e princípios jurídicos

Classicamente, a revisão judicial dos contratos¹⁵ é entendida como a possibilidade de intervenção estatal no âmbito contratual modificando o conteúdo do contrato de execução diferida (tradutores de obrigações por trato sucessivo) em razão de eventos supervenientes e imprevisíveis¹⁶. Trata-se da denominada “teoria da imprevisão”,¹⁷ construção da dogmática moderna visando atenuar o rigorismo da vinculatividade contratual, cujas conseqüências, influenciadas por fatores externos à contratação, levavam muitas vezes um dos contratantes à ruína e à miséria absoluta.

Por essa definição clássica nota-se que a revisão judicial dos contratos é, em uma primeira análise, uma medida de *absoluta* exceção. Denota-se que surgiu como alternativa – singular, específica e, portanto, absolutamente excepcional – criada a partir de uma realidade fática que não se amoldava ao modelo contratual

¹⁵ O termo revisão contratual será sempre utilizado nesta pesquisa como revisão judicial, ou seja, intervenção do juiz no âmbito contratual reequilibrando e readequando as prestações aos valores fundamentais presentes no ordenamento jurídico (nesse sentido, vide especialmente parte II, capítulo II), excluindo-se, portanto, as hipóteses de revisão derivadas da autonomia privada, tais como cláusulas de repactuação e cláusulas de escala móvel.

¹⁶ Nesse sentido, DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 152: “Se houver onerosidade excessiva, oriunda de evento extraordinário e imprevisível, que dificulte extremamente o adimplemento do contrato por uma das partes, ter-se-á a resolução contratual, por se considerar subentendida a cláusula “rebus sic stantibus”, de modo que o lesado poderá desligar-se da obrigação, pedindo ao juiz a rescisão do contrato ou o reajustamento das prestações recíprocas”.

¹⁷ Sobre a questão da teoria da imprevisão, v. parte II, capítulo I, item 1.2.

estabelecido e nascida posteriormente a formação do pacto¹⁸. Percebia-se, então, que o contrato, em razão do desequilíbrio das prestações oriundos de fatores externos, muitas vezes passava não apenas a ser fonte de obrigações, mas também de graves injustiças.¹⁹

De fato, o renascimento da velha cláusula “*rebus sic stantibus*”²⁰ pode ser visto como o primeiro grande sintoma da chamada “crise do contrato”.²¹ Visando romper com os privilégios feudais e assegurar os interesses da classe burguesa emergente²², o modelo contratual clássico foi construído na era moderna – séculos XVIII e XIX – a partir da junção de dados políticos, filosóficos e econômicos²³. Amplia em termos absolutos o espectro da liberdade de contratar e promove com

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**, p. 413: “O princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades mezinhas de cumprimento, por fatores externos perfeitamente previsíveis. O contrato visa sempre uma situação futura, um porvir. Os contratantes, ao estabelecerem o negócio, têm em mira justamente a previsão de situações futuras. A *imprevisão* que pode autorizar uma intervenção judicial na vontade contratual é somente a que refoge totalmente às possibilidades de previsibilidade”. RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 139, enfatizando a necessidade de fatos “extraordinários de grande alcance, a ponto de determinar uma dificuldade intransponível ao contratante devedor” e AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**, p. 31.

¹⁹ O ministro Orozimbo NONATO alertava sobre essa injustiça contratual: “em dados casos, a execução pontual dos contratos, ocorrido o risco imprevisto, faz deflagar um conflito angustiante, um choque excessivamente brutal entre o direito e a justiça, a equidade e a observância cabal das convenções, raro o jurista moderno que se não disponha a extrair da teoria da imprevisão consequências, pelo menos atenuadas, e que, em todo caso, representam uma restrição ao conceito clássico do contrato”. (**Boletim do instituto dos advogados brasileiros**, vol. VIII, p. 107, *apud* FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**, p. 14).

²⁰ FONSECA, A. M. da. *Idem*, p. 19: “Assim, da velha cláusula *rebus sic stantibus* resultou a teoria modernamente chamada da imprevisão ou superveniência”. No mesmo sentido, AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**, p. 30, COSTA, Dilvanir José da. **Sistema de direito civil à luz do novo código**, p. 171 e SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula ‘rebus sic stantibus’ ou teoria da imprevisão: revisão contratual**, p. 9.

²¹ Sobre a denominada crise do contrato e como influenciou na revisão contratual, *infra*, parte II, capítulo 1.

²² NALIN, P. **Ob. cit.**, p. 109.

²³ O conjunto de idéias e princípios em torno do contrato, que caracteriza o Direito dos Contratos, resulta da ascensão da burguesia ao poder a partir da Revolução Francesa de 1789. Tinha, portanto, a função de garantir e dar segurança aos interesses da nova classe dominante, facilitando ao máximo a livre circulação de riquezas. Para consolidação de sua ideologia valeu-se de concepções filosóficas, especialmente a de KANT (v. part I, cap. 2, item 2.2), que viam o homem isoladamente considerado como grande valor e fundamento do universo, de modo que a vontade individual construía e legitimava o mundo e, por conseguinte, o Direito. Neste sentido, PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito nas relações contratuais**, p. 391; NALIN, P. **Ob. cit.**, p. 104-111 e ROPPO, Enzo. **O contrato**, p. 30-35.

isso a livre circulação de bens propícia a um regime capitalista que começava a se desenhar.

Para cumprir essa missão de consolidação do capitalismo emergente²⁴, o contrato é concebido sob quatro princípios básicos²⁵: autonomia da vontade (tradutora da liberdade contratual), relatividade dos efeitos do contrato, igualdade formal dos contratantes²⁶ e estrita observância do que foi pactuado (“*pacta sunt servanda*”), este último tradutor da impossibilidade de alteração do conteúdo do contrato senão pela vontade dos contratantes (circunstância chamada de “intangibilidade contratual”).

Dissertar sobre revisão contratual, como se vê, exige inexoravelmente a análise de um princípio tradicionalmente colocado como pedra angular na teoria contratual: o *pacta sunt servanda*, ou seja, o postulado de que o contrato faz lei entre as partes. Mais precisamente, ao abordar a temática do *papel contemporâneo no ordenamento jurídico brasileiro* da revisão contratual, é necessário, antes de mais

²⁴ PINHEIRO, R. F. **Ob. cit.**, p. 16-17: “Nas sociedades modernas, o princípio da liberdade revela-se como a imagem do Direito Privado. Tida como fundamento das codificações que se delineiam durante o século XIX, a liberdade encontrou-se consagrada no topo dos ordenamentos jurídicos. Em um momento, ela revela-se como espelho que reflete a separação entre Estado e a sociedade, hipoteticamente construída após a superação de um estado de natureza; em outro, apresenta-se para um indivíduo ainda atrelado às amarras do medievo, como a fonte e fundamento de todos os seus direitos”.

²⁵ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, p. 42.

²⁶ Para contrapor-se aos privilégios medievais, os movimentos revolucionários conceberam o indivíduo e a igualdade formal como valores fundamentais, o que era traduzido na máxima “todos são iguais perante a lei”. Tal igualdade meramente formal escondia a realidade, que apresenta significativa distorção econômica e social entre os indivíduos, fato que repercutia no contrato com a prevalência da vontade do contratante mais forte em detrimento da vontade do contratante mais fraco: “Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contratantes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca *igualdade jurídica* (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do ‘antigo regime’, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contratantes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa” (ROPPO, E. **Ob. cit.**, p. 35).

nada, problematizar os efeitos decorrentes desse princípio, tido outrora (especialmente no momento da construção da teoria contratual moderna, isto é, a teoria contratual tradicional) como verdadeira fonte de justiça contratual.

Mas problematizar significa mergulhar tal princípio em uma análise histórica, no sentido de desvendar seus prós e contras, descobrir a sua verdadeira utilidade e os problemas que seu uso desenfreado e impensado ocasiona. Somente um estudo preliminar dessa natureza permite compreender a razão do surgimento do *pacta sunt servanda*, seu apogeu e a fase de declínio que ora apresenta, reveladora de uma nova exigência imposta aos que se dedicam à sua análise: sua reconstrução à luz dos valores contemporâneos. Cabe, portanto, fixar pontos metodológicos iniciais determinadores de um trilhar que refuta uma abordagem simplificadora ou meramente formal do princípio da obrigatoriedade dos contratos e, por conseguinte, da revisão contratual. Como adverte Paolo GROSSI,

Indubitavelmente, o direito nunca flutua sobre a história, ao contrário, tende sempre a encarnar-se nela, a compenetrar-se com ela; e na história aparece uma grande variedade de forças que se movem livremente na sociedade e tendem a influenciar o direito, forças espirituais, culturais e econômicas, todas as forças que se movem livremente na sociedade. Sociedade e direito tendem assim a fundir-se: a dimensão jurídica não pode ser pensada como um mundo de formas puras ou de simples mandamentos separados de uma realidade social.²⁷

As análises históricas tradicionais levam em consideração os dados do passado a partir da ótica do presente. A corriqueira concepção da denominada interpretação histórica²⁸ traduz a simples busca de elementos históricos

²⁷ GROSSI, P. **Ob. cit.**, p. 26. Tradução livre de: “*Indudablemente, el derecho nunca flota sobre la historia, al contrario, tiende siempre a encanarse en ella, a compenetrarse como ella; y en la historia aparece una gran variedad de fuerzas que se mueven libremente en la sociedad y tienden a influir en el derecho, fuerzas espirituales, culturales y económicas, todas las fuerzas que se mueven libremente en la sociedad. Sociedad y derecho tienden así a fundirse: la dimensión jurídica no puede ser pensada como un mundo de formas puras o de simples mandatos separados de una realidad social*”.

²⁸ Como expõe ASCENSÃO, na interpretação histórica devem-se “ter em conta todos aqueles dados ou acontecimentos históricos que expliquem a lei”, de modo que “se fala em fontes de direito para abranger estes elementos, e como os resultados daquelas ciências permitem explicar as fontes atuais. Isto significa que estes elementos tem função auxiliar da interpretação.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**, p. 426).

justificadores da lei atual, da forma como apresentada e da solução ideal determinada geralmente por dada hipótese normativa.

Trata-se de uma análise histórica positivista²⁹, que tem como uma das características principais pensar “a história como sendo essencialmente uma *narrativa* de acontecimentos”,³⁰ ou seja, como uma sequência linear de fatos que acabam por desembocar no presente, explicando-o. Nessa perspectiva, o presente passa a ser o apogeu³¹, o modelo ideal em que o historiador (ou o jurista, ao dedicar-se a análise histórica de dado instituto ou texto legal) resume-se a revelar o passado justificador do presente.³²

Reduz-se, assim, a função da história do Direito a “legitimar o direito estabelecido”,³³ quando na verdade

a missão cognitiva da história do direito – como a de qualquer outra história – não se fundamenta previamente estabelecido dos dados e factos históricos e na sua utilidade para o presente, mas na historicidade da nossa própria existência. Na medida, porém, em que a história do direito acaba por recorrer necessariamente, quanto a esta questão, à própria experiência do direito, tornam-se seu objecto quaisquer domínios da história em que, em geral, possa ser encontrada a experiência humana do direito. Ela acaba por ser a História, sob o ponto de vista da experiência humana do direito.³⁴

²⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e história:** relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha, p. 27.

³⁰ FONSECA, R. M. *Idem, ibidem*.

³¹ Reduzindo assim a função da história do Direito a “legitimar o direito estabelecido” (HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**, p. 16), quando na verdade “a missão cognitiva da história do direito – como a de qualquer outra história – não se fundamenta previamente estabelecido dos dados e factos históricos e na sua utilidade para o presente, mas na historicidade da nossa própria existência. Na medida, porém, em que a história do direito acaba por recorrer necessariamente, quanto a esta questão, à própria experiência do direito, tornam-se seu objecto quaisquer domínios da história em que, em geral, possa ser encontrada a experiência humana do direito. Ela acaba por ser a História, sob o ponto de vista da experiência humana do direito”. (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**, p. 4-5).

³² Trata-se de um “modelo histórico evolucionista. Ou seja, de um modelo que concebia a história como uma acumulação progressiva de conhecimento, de sabedoria, de sensibilidade. Nesta perspectiva, também o direito teria tido a sua fase juvenil de rudeza. Contudo, o progresso da sabedoria humana ou as descobertas de gerações sucessivas de grandes juristas teriam empurrado o direito, progressivamente, para o estado em que hoje se encontra; estado que, nessa perspectiva da história, representaria um apogeu. Nesta história progressista, o elemento legitimador é o contraste entre o direito histórico, rude e imperfeito, e o direito dos nossos dias, produto de um imenso trabalho agregativo de aperfeiçoamento, levada a cabo por uma cadeia de juristas memoráveis”. (HESPANHA, A. M. **Ob. cit.**, p. 19).

³³ HESPANHA, A. M. **Ob. cit.**, p. 16.

³⁴ WIEACKER, F. **Ob. cit.**, p. 4-5.

A adoção de tal metodologia linear, progressista, presente na esmagadora maioria de nossa doutrina (especialmente na manualística³⁵) traz duas consequências fundamentais: primeiro, a exclusão dos fatos históricos que não corroboraram para o advento das circunstâncias presentes hodiernamente³⁶ e, segundo (de particular importância para o desenvolvimento desse trabalho), a da “naturalização” dos institutos jurídicos estudados, tidos como realidade a-temporais, não sujeitas a influências históricas, culturais e sociais.

Prevalece, sob essa linha metodológica, a continuidade perene dos dogmas, sendo preservados no tempo sem qualquer crítica, como se sobrevivessem integralmente nos moldes em que foram construídos à realidade dos fatos e ao avançar da história. Como enfatiza António Manuel HESPANHA,

a continuidade dos dogmas (dos conceitos, das classificações, dos princípios) jurídicos constitui, de facto, a via real para a naturalização do direito e dos modelos estabelecidos de poder, para a aceitação de um direito natural, de uma organização política racional, fundados no primado de um espírito humano transtemporal, que permitirá o diálogo dogmático entre os juristas do presente e os do passado. A história teria, então, um papel essencialmente dogmático. Como saber que lida com o tempo, ela teria a função de lubrificar a comunicação transtemporal, tornando possível o diálogo espiritual entre os de hoje e os de ontem. Nesse diálogo, o presente enriquecia-se mas, sobretudo, justificava-se. Porque o passado lido (e, portanto, apreendido) através das categorias do presente, tornava-se um documentário vivíssimo do carácter intemporal – e, portanto, racional – dessas mesmas categorias. <<Estado>>, <<representação política>>, <<persona jurídica>>, <<público/privado>>, <<direito subjetivo>>, encontravam-se por todo o lado da história. Não podiam

³⁵ Como assenta Ricardo Marcelo FONSECA, “A historiografia jurídica, de um modo geral, é basicamente orientada pelos pressupostos epistemológicos da ‘história tradicional’ (ou história positivista). À rica discussão metodológica por que passaram as disciplinas históricas no decorrer do século XX a história do direito passou incólome. Este fato fez com que a abordagem do passado jurídico ficasse marcado por determinadas características teóricas que podem ser verificadas tanto na maioria dos manuais de história do direito quanto nas usuais ‘introduções históricas’ dos manuais das disciplinas dogmáticas.” (FONSECA, R. M. **Ob. cit.**, p. 31).

³⁶ Em outras palavras, empobrece o discurso histórico, já que são ínsitas à história as contradições e lutas sociais: “o vínculo necessário entre sociedade e direito implica a descoberta da complexidade desse último. Espelho da sociedade, reflete a sua estrutura heterogênea, estratificada e diferenciada. Em conclusão, o direito não é e não pode ser a realidade simples e unilateral que pensaram nossos antepassados do século XVIII. Se uma conclusão semelhante justificava-se então pelo valor estratégico que esse momento apresentava, hoje é somente um sinal de aridez cultural e nada mais” (tradução livre de: “el vínculo necesario entre sociedad y derecho implica el descubrimiento de la complejidad de este último. Espejo de la sociedad, refleja su estructura abigarrada, estratificada y diferenciada. En conclusión, el derecho no es y no puede ser la realidad simple y unilateral que pensaron nuestros antepasados del siglo XVIII. Si una conclusión semejante se justificaba entonces por el valor estratégico que ese momento tenía, hoy es sólo un signo de aridez cultural y nada más.” GROSSI, P. **Ob. cit.**, p. 46).

deixar de ser formas contínuas e irredutíveis da razão jurídica e política. Que esta continuidade fosse o próprio produto do olhar do historiador era questão de que não se parecia estar consciente.³⁷

Uma metodologia assim encaminhada igualmente desconhece os preceitos ideológicos que invariavelmente influem no discurso científico. Ideologia no sentido de conjunto de idéias que contribuem decisivamente na construção de uma visão de mundo na qual o Direito se insere³⁸. Tal ignorância leva à concepção de uma ciência do Direito pretensamente “neutra”, sem qualquer influência histórica, social ou ideológica, tida como fator externo que transbordaria o seu estrito objeto (conjunto de leis vigentes em dado período). No entanto, essa visão descarta o Direito como fenômeno social e o conseqüente diálogo perene que realiza com a sociedade; o estudo mais profundo das leis e dos institutos jurídicos, portanto, deve ter por base os fatores sociais, políticos e ideológicos construtores do meio onde estão alocados, assim como as inevitáveis transmutações por estes sofridas e que atingem inexoravelmente o mundo jurídico³⁹.

Tal visão contribui igualmente para um saber e um trato meramente formal dos conceitos, princípios e institutos jurídicos. Em outras palavras, simplifica, abstrai situações que são em realidade complexas e diferenciadas. Essa inadequação entre os conceitos (e a própria metodologia jurídica) e a realidade ajuda a explicar a “crise” do Direito (e do contrato), tema em voga nos meios acadêmicos. Tal “crise” do contrato reflete justamente a falta de consciência quanto à influência de fatores

³⁷ HESPANHA, A. M. **Ob. cit.**, p. 35.

³⁸ E que exerce, como salienta Antonio Carlos WOLKMER, funções como de integração (justificando sempre do que está posto, simplificando formalmente realidades essencialmente complexas, dissimulando os defeitos do presente de modo a minimizar conseqüências transformadoras do futuro), dominação (manutenção da autoridade) e deformação (distorcer o real visando defender e preservar o estado atual das coisas - WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**, p. 112-114).

³⁹ Em um estudo crítico do Direito, é preciso ir além da simples regra positivada: “É evidente no que vem a dar uma posição positivista: reforçar as idéias recebidas, estas noções feitas a que Bacon chamava <<pré-noções>>. Ora elas constituem justamente um obstáculo epistemológico extremamente grave. Devemos pois desembaraçarmo-nos delas para ver as coisas tais quais elas são e não tais como no-las deixa ver o nosso sistema social. A partir daqui, uma explicação do direito não se pode limitar ao simples enunciado da constatação desta ou daquela regra e da análise do seu funcionamento: ela tem de ver <<para além>> deste direito positivo, o que lhe justifica a existência e a especialidade.” (MIAILLE, Michel, **Introdução crítica ao direito**, p. 46).

sociais (compreendidos historicamente) no mundo do Direito⁴⁰. A pretensa manutenção a-crítica de preceitos jurídicos⁴¹ formados séculos atrás sob premissas não mais existentes e cujos objetivos atendem a situações que não mais perduram levam a um estado de insegurança e desconfiança generalizada na esfera jurídica.

A falta de reflexão do princípio da obrigatoriedade dos contratos no viés exposto – crítico, contextualizado e reconstrutivo – acarreta problemas graves e significativos na compreensão da revisão contratual. Pode levar ao intérprete a duas situações exageradas e opostas: uma excessivamente limitadora da possibilidade de revisão dos contratos, tida como medida absolutamente excepcional e que adota como base a manutenção do *pacta sunt servanda*; outra defensora de uma ampla liberdade ao magistrado para intervir na relação contratual⁴², baseado em um

⁴⁰ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Luiz Edson Fachin (Coord.), p. 12: “Enraizado no racionalismo-individualista, o sistema jurídico liberal induz à lógica, à generalidade e à abstração. A partir de sua orientação filosófica, exagera o papel da razão, em detrimento da experiência, utilizando como método de investigação científica os dados obtidos por dedução, excluindo os elementos empíricos obtidos por indução. Isto determinou, por longo período, a prisão do jurista à busca do sentido do direito exclusivamente no texto legal, afastada a preocupação com realizar justiça, e ao positivismo, chegando a Kelsen e sua teoria pura, divorciada da realidade. Em Kelsen, o direito é apreendido como um sistema de normas, um conjunto de relações lógicas desvinculadas da natureza e do homem que dela faz parte. Trata-se da expressão mais acabada da neutralidade do direito”.

⁴¹ FONSECA, R. M. **Ob. cit.**, p. 37: “Muito ao revés de ser abordada em suas manifestações mais diversas e plurais ou de ser tomada em sua correlação íntima (e necessária) com o contexto social, a instância jurídica, para o positivismo histórico, viceja principalmente em dois campos: na história das fontes do direito e na história da dogmática jurídica. Estas duas linhas, pois, servem como uma luva à consecução de uma concepção ‘naturalizadora’ ou imbuída da noção de ‘progresso’ dentro da história do direito. Enquanto a primeira (história das fontes) descreve a evolução das normas jurídicas editadas pelo Estado (aqui incluídos principalmente a lei e o costume), a segunda (história da dogmática) descreve a evolução das doutrinas e conceitos utilizados pelos juristas para expor o direito por eles considerado vigente”.

⁴² Essa bifurcação de posições é dedução direta do deslocamento, para parte da doutrina, do princípio da obrigatoriedade dos contratos como eixo central da teoria dos contratos, substituído pelo princípio da função social dos contratos. Nesse sentido, TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo código civil. In: **Questões controvertidas no novo código civil**. Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves (Coord.), p. 132-133: “A teoria tradicional, nela inseridos os próprios Humberto Theodoro Júnior e Caio Mário da Silva Pereira, entende que a revisão contratual somente pode ocorrer em casos excepcionais. Entretanto, conforme pretendemos demonstrar nessa dissertação, a realidade jurídica e fática do mundo capitalista atual não possibilita mais a concepção estanque do contrato. (...) Dentro dessa realidade, entendemos que o princípio da força obrigatória continua previsto em nosso ordenamento jurídico, mas não mais como regra geral como dantes era concebido, constituindo exceção de aplicação, secundário ao princípio da função social do contrato, regramento geral que impera dentro da nova realidade político-social, nosso objeto de estudo a seguir”.

irredutível princípio da conservação dos contratos em que todo e qualquer contrato poderia ser revisado.

Ambas as posições são severamente criticadas; a primeira, por superlativizar a obrigatoriedade contratual, tida como preceito formal intangível que leva a severas injustiças materiais; a segunda, por proporcionar um pretense “subjetivismo excessivo” ao magistrado, que a falta de “regras claras” para revisar o contrato acabaria por derrogar a segurança jurídica, gerando um estado permanente de incertezas⁴³.

Em verdade, tais posicionamentos mantêm o princípio da obrigatoriedade dos pactos nos moldes em que fora construído na modernidade (isto é, como se apresenta na teoria tradicional dos contratos). Não há preocupação na doutrina majoritária com a tarefa de repensar a vinculatividade dos pactos, que passa contemporaneamente a *coexistir com outros princípios e valores, consagrados na Carta Magna, tais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a igualdade material e a justiça social*. Mais do que isso: boa parte da doutrina não se ateve a um atributo inerente aos institutos e princípios jurídicos: a sua historicidade, reflexo do constante diálogo que mantém com o meio social no qual estão inseridos.

Uma compreensão mais precisa da revisão contratual, dada a sua complexidade, deve levar em conta justamente *a relatividade dos conceitos*

⁴³

Como se verá mais adiante, as diversas teorias que buscaram explicar a revisão contratual são retratos da tentativa de harmonizar o princípio da obrigatoriedade dos contratos tradicionalmente concebido aos novos fatos que surgiam. O renascimento e fortalecimento da cláusula *rebus sic stantibus*, desenvolvida por Bártolo, foi consequência direta dos efeitos da Primeira Grande Guerra nos contratos de longa duração (assim surgiu a moderna teoria da imprevisão na França e se fortaleceu as discussões em torno da teoria da pressuposição de Windscheid na Alemanha e os posteriores desenvolvimentos das teorias da base do negócio de Ortmann e Larenz). Em verdade, todas as discussões traduziam a complexidade do tema, que deveria conciliar o que parecia inconciliável: a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento dos contratos e a preservação de um mínimo de justiça contratual alterada por circunstâncias externas; daí as dificuldades apresentadas, que impediram um consenso sobre a revisão contratual decorrente de causas supervenientes, levando MENEZES CORDEIRO a taxá-la de “intromissão incômoda dos fatos no mundo do Direito”: “A via tomada pela alteração das circunstâncias, no espaço jus-metodológico francês, não foi um simples acidente cultural. Na sua base estão as características específicas que aí inviabilizaram o florescer da boa-fé, apesar da forte tradição em que esta assentava; na sua base, ainda, a posição humanística, mantida na pré-codificação francesa, de silenciar o problema; na sua base, finalmente, as dificuldades que o tema das alterações das circunstâncias – uma intromissão incômoda dos factos no Mundo do Direito – levanta ao pensamento jurídico-sistemático, seja qual for sua orientação”. (MENEZES CORDEIRO, A. M. da R e. **Ob. cit.**, p. 964).

jurídicos, cujos conteúdo e sentido são influenciados no curso do tempo. É necessário, pois, ater-se ao carácter relativizador da história, refletor das contradições sociais existentes em dado meio social e que afetam diretamente o Direito.

Nesse sentido a história pode enriquecer o discurso da dogmática, contribuindo significativamente para interpretação da legislação posta:

Creio firmemente – e o tenho escrito tantas vezes nos últimos anos que resulta até monótono – que uma das funções, e não a última, do historiador do direito é a de ser a consciência crítica do estudioso do direito positivo, descobrindo-lhe a complexidade daquilo que em sua visão unilateral pode parecer-lhe simples, rachando suas convicções acríticas, relativizando certezas excessivamente absolutas, insinuando dúvidas sobre lugares comuns aceitos sem uma adequada verificação cultural. O historiador pode também adotar o papel de erudito conhecedor do passado próximo e remoto, ainda que não duvido em considerá-lo – em relação ao primeiro – um papel nobre mas menor e, no fundo, uma renúncia.⁴⁴

Somente a partir dessa noção alcançar-se-á efetivamente um *pensamento crítico*.⁴⁵ A adoção desse viés crítico no meio jurídico cresceu significativamente na metade final do último século, impulsionado pela decadência do positivismo jurídico. Assim, com relação ao contrato, a doutrina mais consciente já afirmou não se tratar de um conceito jurídico abstrato, absoluto, por si só compreensível,

⁴⁴ GROSSI, P. **Ob. cit.**, p. 15. Tradução livre português de: “*Creo firmemente – y lo he escrito tantas veces en los últimos años hasta resultar monótono – que una de las funciones, y desde luego no la última, del historiador del derecho es la de ser la conciencia crítica del estudioso del derecho positivo, descubriéndole la complejidad de aquello que en su visión unilateral puede parecerle simple, resquebrajando sus convicciones acríticas, relativizando certezas demasiado absolutas, insinuando dudas sobre lugares comunes aceptados sin una adecuada verificación cultural. El historiador puede también adoptar el papel de erudito conocedor del pasado próximo y remoto, aunque no dudo en considerarlo – respecto al primero – un papel noble pero menor y, en el fondo, una renuncia.*”

⁴⁵ Pensamento crítico no sentido dado por Michel MIAILLE, isto é, um pensamento dialético, consciente das contradições presentes no meio social: “Um pensamento dialético é precisamente um pensamento que <<compreende>> esta existência contraditória. Ao contrário, designarei por positivista um pensamento que se limite a descrever o que é visível, a mostrar que uma dada coisa que existe se apresenta desta ou daquela maneira, com estas ou aquelas características. A abundância dos detalhes que eu poderei produzir sobre esta realidade, tal como ela se me apresenta, poderá dar-me dela um certo conhecimento. E, no entanto, esse conhecimento será de algum modo unilateral, porque ficará limitado à própria imagem do que vejo. Completamente diferente é, face ao mesmo objecto, o pensamento dialético ou crítico: este encara-o não só no seu estado actual, mas na totalidade da sua existência, quer dizer, tanto naquilo que o produziu como no seu futuro. Este pensamento pode, pois, fazer <<aparecer>> o que a realidade presente me esconde actualmente e que, no entanto, é igualmente importante”. (MIAILLE, M. **Ob. cit.**, p. 22).

imutável e não passível de influências externas (sociais, ideológicas e históricas⁴⁶).

Como expõe Enzo ROPPO,

o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autônoma, dotada de autônoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental.⁴⁷

No entanto, os juristas, e especialmente os tribunais, ainda parecem reticentes quanto a determinados preceitos e princípios tradicionais, tidos ainda como intocáveis e lidos fora de seu contexto contemporâneo⁴⁸. Assim o é em relação ao princípio da obrigatoriedade dos pactos⁴⁹, que, embora sofra constantes limitações (daí falar-se em relativização do “*pacta sunt servanda*”), não foi repensado no sentido de ser adequado a uma nova realidade marcada principalmente pela força

⁴⁶ Como será visto nos próximos itens, a gradativa decadência do modelo individualista que presidiu a construção do Direito moderno levará a uma concepção jurídica essencialmente crítica, ainda em formação e referente a categorias jurídicas centrais, movimento que BARROSO denomina pós-positivista (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**, p. 290-291).

⁴⁷ ROPPO, E. **Ob. cit.**, p. 7. No mesmo sentido, LÔBO, P. L. N. **Ob. cit.**, p. 106-107: “Portanto, não ancora a teoria moderna ou liberal do contrato na autoridade do direito romano, o que bem demonstra que é fruto do devir histórico. Essa é a compreensão clara que se deve ter do contrato, como de resto de qualquer categoria ou instituto jurídico, sob pena de instituir como ciência o que não passa de conservantismo ideológico de um determinado modelo que prevaleceu enquanto existiu historicamente o Estado liberal e visão de mundo a partir dos interesses individuais. Os juristas são vítimas freqüentes destas armadilhas, mercê do hábito tendencial de atuar e refletir sobre o que já se realizou, o sistema jurídico positivo, mais que divisá-lo no processo histórico e da transformação da sociedade”.

⁴⁸ Justamente aqui encaixa-se a denominada “crise” pela qual passa o Direito, como alude FACHIN: “A crise do sistema clássico do Direito Civil suscita, antes de mais nada, questões concernentes à sua historicidade, à análise da inter-relação entre Direito e Sociedade, e ao princípio de dinamismo que impinge ao Direito seu eterno diálogo com o meio social, seu tempo e seu espaço. Tampouco se distancia da análise dos conceitos frente à concretude dos fatos que a eles se apresentam”. (FACHIN, L. E. **Ob. cit.**, p. 22).

⁴⁹ Conforme adverte Paulo NALIN, “(...) mais especificamente, no ramo contratual, ainda se sustenta – em plena virada do século XX, na suma aplicação do princípio da autonomia da vontade, externando a mínima importância que se atribui a valores e princípios constitucionais que, efetivamente, vieram modificar a moldura jurídica do contrato, incluindo, neste plano, o *status* jurídico dos contratantes – a relativização das obrigações, a despatrimonialização e a função social do contrato. Ou seja, mesmo profundamente alterado o paradigma do contrato contemporâneo, insistem os Tribunais em afirmar a ampla vigência dogmática da vontade e do velho brocardo *pacta sunt servanda*.” (NALIN, P. **Ob. cit.**, p. 31).

vinculante de princípios que acabam por reconstruir conceitos tradicionais repassados por gerações sem uma análise crítica mais profunda.

Antes de se ater aos “limites”, é preciso dizer que tais crescentes limitações, sejam derivadas da lei ou da atividade jurisprudencial, são reflexos claros de uma alteração do conteúdo e do sentido do princípio da obrigatoriedade dos contratos a partir de outros princípios e valores (consagrados no texto constitucional), fato que resultou em uma crescente preocupação tanto da doutrina como da jurisprudência em torno da revisão contratual. Assim, as alterações perpassadas pelo referido princípio são mais qualitativas (revelam um novo significado do *pacta sunt servanda*) do que meramente quantitativas (diminuição do alcance do princípio⁵⁰).

A análise do princípio da obrigatoriedade dos contratos e o papel desempenhado contemporaneamente pela revisão contratual, presente em todo este trabalho, partirá da metodologia histórico-crítica exposta, consciente das contradições presentes na sociedade e do diálogo constante desta com o Direito, refutadora de uma compreensão simples e formalista da problemática atual em torno da intervenção judicial no âmbito contratual. Tem igualmente como base a vinculatividade dos princípios e valores constitucionais, determinadores da feição contemporânea do nosso ordenamento jurídico e que permitem a reconstrução de institutos e princípios construídos séculos atrás.⁵¹

⁵⁰ Nesse sentido, v. parte II, capítulo 3. Em relação à autonomia privada (outro princípio fundamental do Direito Civil), PERLINGIERI expõe com precisão tal questão: “Não se pode mais discorrer sobre limites de um dogma ou mesmo sobre exceções: a Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional. A atenção se desloca do dogma da autonomia do ato a ser avaliado, não só isoladamente, mas no âmbito da atividade exercida pelo sujeito. O juízo de valor deve ser expresso sobre a iniciativa concreta, verificando, em uma visão procedimental, entre outras coisas, o exercício da iniciativa na concatenação dos atos e se o ato e os instrumentos usados para alcançar o resultado perseguido são adequados”. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**, p. 280-281).

⁵¹ Enfim, superar a “naturalização” antes noticiada, de modo que a análise será crítica (ao conceitualismo formal, ao dogmatismo) e construtiva (a partir da crítica alcança-se novos horizontes, concernentes aos valores contemporâneos). Nesse sentido: FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, p. 4-5.

Postas tais premissas, fundamentais para o enfrentamento da busca do papel contemporâneo da revisão contratual, pode-se então analisar os pressupostos históricos e ideológicos que consolidaram uma verdadeira armadura ético-jurídica em torno do contrato⁵² e impediram o avanço e desenvolvimento da revisão judicial dos contratos (obstáculos estes ainda mantidos em grande parte da doutrina e da jurisprudência).

1.2 Segurança e certeza jurídica como pilares fundamentais na construção da teoria jurídica moderna

Como pode se observar das premissas metodológicas adotadas neste trabalho, é absolutamente relevante para compreensão do papel contemporâneo da revisão contratual no ordenamento jurídico brasileiro uma visão crítica e não formalista do princípio da obrigatoriedade dos pactos. Para tanto, duas análises são imprescindíveis: dos fatores que corroboraram para que esse princípio se constituísse como preceito nuclear da teoria contratual tradicional e as transformações históricas por eles passadas, fato que induz a uma suposta crise da teoria contratual.

Em verdade, essas duas análises permeiam a pesquisa inteira⁵³; o seu enfrentamento, entretanto, será gradual, levando-se em consideração a formação de uma concepção do Direito em si, na modernidade, que serviu de base para desenvolvimento de uma teoria geral dos contratos cujos aspectos são fundamentais para consolidação das pretensões sociais, políticas e ideológicas da época. A teoria jurídica como um todo e a teoria contratual apresentam, nas suas formulações tradicionais, pressupostos inconciliáveis com a existência de uma revisão do pacto sem a intervenção da vontade das partes. É com a crise dessa concepção jurídica que

⁵² LÔBO, P. L. N. **Ob. cit.**, p. 106.

⁵³ Por isso a divisão da pesquisa em duas partes: a primeira destinada à formulação da revisão dos contratos sob os pressupostos da teoria contratual tradicional e a segunda enfatizando a revisão em meio a crise da teoria contratual tradicional e as perspectivas daí decorrentes.

(re)nasce tal possibilidade, a partir da necessidade dela decorrente de reequilibrar o contrato.

A teoria jurídica moderna foi construída para consolidar uma nova compreensão do mundo. Representa fator decisivo na superação do feudalismo, não somente no aspecto econômico (capitalismo suplantando o modo de produção feudal), mas também nos planos político (queda do sistema senhorial e hegemonia da classe burguesa), social (substituição de relações de hierarquia por relações pautadas na igualdade formal) e das idéias (desligamento da compreensão do mundo ligada à Deus e emancipação do homem ligada à razão⁵⁴). O Direito servirá a cada uma dessas circunstâncias e a sua adequada compreensão passa pela análise de todas elas, ainda que de maneira superficial (já que restrita ao objeto deste trabalho).

Nos séculos XVI e XVII a Europa vivia um momento de variadas transformações. Trata-se do período em que culminou o desenvolvimento da razão técnica, consolidadora de novas pretensões do homem: apreensão e domínio da natureza. Aliado a isso, significativas mudanças do sistema produtivo e das relações sociais faziam com que gradativamente fortalecesse uma compreensão diferenciada da realidade.

No plano filosófico (mais precisamente na esfera da teoria do conhecimento), o sujeito cognoscente paulatinamente liberta-se das explicações metafísicas (em especial as teológicas) e avança em um sentido mais racional (racionalidade técnica).

Os pensamentos de Galileu Galilei na física e o de Issac Newton (tanto na física quanto na matemática) levaram à teoria do conhecimento um novo paradigma, que caracteriza a modernidade: a noção de domínio da natureza a partir do sujeito;

54

Inclusive, como ressalta WIEACKER, no início da construção moderna (século XVI) operacionalizou-se juridicamente (por intermédio de uma teoria jurídica) os preceitos sociais dominantes sem a mediação de uma ciência especializada: “Um traço característico da época do direito racionalista reside, todavia, tanto no facto de que durante toda uma época a própria filosofia social, sem a mediação ou a elaboração da jurisprudência especializada estabelecida, teve a pretensão de se tornar em teoria do direito como neste outro facto de que ela levou além disso a cabo este programa num período em que ela própria, por seu lado, se emancipou da teologia moral” (WIEACKER, F. **Ob. cit.**, p. 280).

daí o desenvolvimento de métodos quantitativos e experimentais (à luz da física e da matemática, a noção de natureza desmistificada, constituída e apreendida pelo ser humano⁵⁵). Essa ordem de idéias seria posteriormente transposta às ciências sociais por Descartes⁵⁶ e consolidada por Kant⁵⁷.

Paralelamente à questão da revolução que começava a se delinear no plano das idéias, o cenário econômico, político e social também passava por significativas alterações, resultado da crise do sistema feudal. Baseado em relações sociais hierarquicamente rígidas e em uma economia essencialmente fechada, o feudalismo apresentava-se de forma inconciliável com o novo sistema que se desenhava. Como explica BARCELLONA, na época pré-revolucionária francesa vários camponeses saíram do campo e adquiriram terras limítrofes (burgueses proprietários, criando os burgos); outros alugaram as terras desses novos proprietários e nelas investiram diversos melhoramentos, aumentando e qualificando a produção fundiária (os “inquilinos capitalistas”; outros camponeses, menos afortunados, vendiam sua força de trabalho aos novos proprietários de terra, criando assim relações sociais diferenciadas⁵⁸).

⁵⁵ WIEACKER, F. *Idem*, p. 285.

⁵⁶ HESPANHA, A. M. **Ob. cit.**, p. 149: “Mas, para além destas vozes que lhe vinham do passado, o século XVII encontrou no ambiente filosófico do seu presente tempo elementos que contribuíram para formar a sua concepção de um direito natural, estável como a própria razão. Referimo-nos ao idealismo cartesiano, embora tal concepção filosófica tenha ligações muito profundas com uma anterior escola filosófica da Baixa Idade Média – o nominalismo de Scotto e Guilherme de Occam.” O método de Descartes, fundado na dúvida, começava a dar a noção do sujeito moderno, que condiciona a natureza (o sujeito pensante). Como aduz CHÂTELET, Descartes, no “Discurso do método”, expressa claramente seu projeto: “Tornar o homem senhor e possuidor da natureza” (CHÂTELET, François. **Uma história da razão**: entrevistas com Émile Noël, p. 62). Trata-se da inversão moderna no plano do conhecimento – da relação objeto-sujeito para sujeito-objeto – que seria mais tarde sedimentada por Kant.

⁵⁷ Kant estatuiu uma completa revolução na teoria do conhecimento, construindo o sujeito transcendental, epistêmico (enfim, moderno), como explica Ricardo Marcelo FONSECA: “É na sua *Crítica da Razão Pura*, de 1781, que Kant empreende a sua filosofia transcendental, ou seja, a investigação que ‘em geral se ocupa menos dos objetos, do que do modo de os conhecer’. E é aqui (no problema de como conhecer o mundo) que ele opera uma verdadeira ‘revolução copernicana’ na filosofia, moldando a idéia da subjetividade cognitiva. Assim, se *Copérnico* inverteu o modelo de cosmo tradicional segundo o qual o sol girava em torno da terra, Kant aduziu que não é o sujeito que se origina pelo objeto, mas é o objeto que é determinado pelo sujeito, ou, dito de outro modo, em vez da faculdade de conhecer ser regulada pelo objeto, é na verdade o objeto que é regulado pela faculdade de conhecer”. (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica, p. 61-62).

⁵⁸ BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**, p. 70-71.

A incompatibilidade dessa nova realidade socioeconômica com o sistema senhorial era evidente, já que a produção excedente (o lucro dos inquilinos capitalistas) deveria ser dividida não somente entre os camponeses trabalhadores e os proprietários burgueses, mas também com o senhor feudal (além disso, os investimentos na produção efetuados pelos capitalistas não se coadunavam com o sistema de produção feudal, marcadamente de subsistência⁵⁹). Igualmente no plano político um novo processo desenhava-se com a gradativa formação da monarquia absoluta e do Estado nacional⁶⁰ (cresciam as idéias de unidade do poder e, por conseguinte, da criação de um Direito coeso que superasse a pluralidade legislativa presente à época, fonte da insegurança prejudicial ao tráfego mercantil).

Em verdade, tais alterações não foram abruptas, mas paulatinamente construídas. Assim, as idéias monárquicas e as novas relações socioeconômicas conviviam com a realidade feudal, causando diversas contradições, de modo que o sistema feudal representava sérios obstáculos ao desenvolvimento da nova realidade econômica, política e social que começava a surgir⁶¹.

⁵⁹ BARCELLONA, P. *Idem, ibidem*. No mesmo sentido, ROPPO, E. **Ob. cit.**, p. 44-45: “As exigências de uma economia capitalista, que começavam a afirmar-se em consequência do desenvolvimento das forças produtivas, não eram compatíveis com um tipo de utilização (e, portanto, com um regime jurídico) da propriedade fundiária, que o *ancien régime* tinha em grande parte herdado do modo de produção feudal: longe de resumir-se na figura de um ‘proprietário’, modernamente entendido, os poderes jurídicos sobre o bem-terra eram geralmente divididos entre diversos titulares, a cada um dos quais competindo prerrogativas diversas, que se traduziam em outros tantos ‘pesos’ gravados sobre o próprio bem, limitando, assim, as possibilidades de um seu racional aproveitamento económico. Daí, justamente, a necessidade de libertar a propriedade dos solos destes pesos de origem feudal que impediam o seu uso capitalista e economicamente progressivo; daí a exigência de afirmar a plenitude dos poderes de proprietário (único) e a sua liberdade de colocar sem entraves os seus bens no ciclo produtivo. Símbolo e simultaneamente manifestação concreta da vontade de realizar um tal objetivo, foi a deliberação, tomada pela Assembléia Nacional na histórica ‘noite de 4 de Agosto’ (1789), de suprimir todos os privilégios e os direitos feudais que impediam sobre a terra; a sua coroação foi a definição legislativa do direito de propriedade, que o código de 1804 solenemente esculpiu como ‘o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta’ (art. 544º) (e, com esta, o princípio da tipicidade – ou ‘*numerus clausus*’ – dos direitos reais menores susceptíveis de cumprir sua plenitude)”.

⁶⁰ BARCELLONA, P. *Idem*, p. 71-72.

⁶¹ Como anota BARCELLONA, “Determinou-se assim uma contradição entre a evolução econômica e política da sociedade francesa e a permanência de um assentamento jurídico feudal já privado de sua originária justificação social.” (BARCELLONA, P. *Idem*, p. 72, tradução livre de “*Si venne determinando così una contraddizione tra l’evoluzione economica e politica della società francese e la permanenza di un assetto giuridico feudale ormai privo della sua originaria giustificazione sociale.*”

O desenvolvimento desse novo cenário acarretou, também de forma gradual, uma nova mentalidade, intimamente ligada à forma de distribuição da riqueza. Aqui se começa a fortificar uma realidade de *mercado*. A repartição de riquezas até a modernidade dava-se basicamente por uma relação de *autoridade*, ou seja, o chefe de família, o sacerdote, o rei (enfim, a pessoa dotada de autoridade) decidia a quem caberia o que. Esse tipo de relação social levava a uma mentalidade de que as coisas apresentam valor de *uso*; igualmente tal sistema carrega em si a idéia de que não é trabalho que acarreta a cumulação de riquezas, e sim a *afinidade e ligação com o detentor da autoridade* (isso se relaciona com o sistema de vassalagem característico do feudalismo, em que se buscava prestígio, *status* social, mais especificamente *títulos de nobreza*, induzindo o ideário propagado de que os nobres não trabalhavam – apenas se dedicavam às atividades de espírito – já que o trabalho era tarefa exclusiva dos plebeus; em suma, o trabalho não trazia qualquer vantagem social⁶²).

O advento do capitalismo transmuda completamente essa situação. Como ressalta HESPANHA, gradativamente foi se forjando de forma inconsciente uma nova estrutura mental. Contrariamente às épocas anteriores, em que toda produção visava a um fundo comum a ser repartido segundo uma autoridade, na “economia de mercado cada um produz por si e para si, circulando os bens em virtude de *decisões dos sujeitos produtores*, que ‘resolvem’ *trocar* no mercado os excedentes das suas produções”. A origem da produção e da circulação da riqueza, portanto, está no indivíduo: ele é quem decide o que vai produzir, como se dará a produção e de que maneira será distribuída. Igualmente essa idéia se adequará a uma crença puramente racional, seja individual, seja da própria natureza: o indivíduo é centro decisório segundo a sua própria planificação e a ausência de uma ordem hierárquica supra-individual faz com o próprio mercado auto-regule-se⁶³.

⁶² Na época moderna expande-se na Europa a “economia de mercado”, o que “gerava uma particular visão do mundo e da sociedade – e até das coisas físicas, dos bens, pois, em virtude de vigorar este tipo de circulação de bens, as coisas eram encaradas de certo modo (por exemplo, o seu valor era, em geral, equiparado ao *valor de uso*, e não ao *valor de troca* como acontecerá, predominantemente, na economia de mercado (...)). (HESPANHA, Manuel António. *Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX*. Separata de *Vértice*, p. 5).

⁶³ HESPANHA, A. M. *Idem*, p. 7. Percebe-se aqui o caminho exclusivamente individualista que o projeto moderno como um todo tomará.

Libertar-se das amarras feudais; emancipar o Homem dos ideais medievais que o aprisionam e o inibem de pensar. Dar a todos iguais oportunidades de crescimento e desenvolvimento. Estas idéias começam a se propagar no mundo intelectual, a conquistar todas as mentes e são apropriadas pelo Direito. A ilustração e o renascimento, ressalta CORTIANO JUNIOR, iniciam a formação do direito moderno⁶⁴, movimentos que se caracterizam pela crítica ao regime medieval, especialmente aos privilégios dos nobres e do clero e à limitação da liberdade pessoal e da propriedade. Enfim, “liberdade e igualdade eram, portanto, exigências essenciais tanto nos programas políticos dos déspotas esclarecidos quanto na Revolução Francesa”.⁶⁵

Todas essas alterações se complementam e iniciam a composição de uma nova visão de mundo que obviamente influenciará detidamente o Direito. O impacto no mundo jurídico dar-se-á pela formatação de um novo conteúdo ao Direito natural, fortemente influenciado pela razão, período denominado de *jusracionalismo*.⁶⁶

O recorte temático da pesquisa não permite uma análise maior do jusracionalismo; cabe tão-somente ressaltar que o Direito natural racional deduzirá, a partir da razão, princípios superiores que buscarão revelar uma ordem universal. Em verdade, possibilitará a construção de uma teoria jurídica e um sistema de leis que atenderão as demandas da época; desempenhará, assim, a função de adequação

⁶⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino da propriedade**, p. 19.

⁶⁵ CAENEEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**, p. 162.

⁶⁶ O Direito natural apresentou variadas concepções, podendo-se afirmar que o seu conteúdo é historicamente determinado. Daí a conclusão de que não existe um só Direito natural, incondicionado (DÍAZ, Elias. **Sociologia y filosofía del derecho**, p. 263). Pode-se, com isso, determinar-se diversos tipos históricos de Direito natural: platônico-aristotélico; estóico; transcendente (San Agustín y Santo Tomás, que desembocou no neoescolástico contemporâneo), racionalista de Pufendorf, Tomásio e Wolff, dentre outros. Os primeiros estudos acerca do Direito natural deram-se na antigüidade, inicialmente com os sofistas, que concebiam o Direito natural a partir do existencialismo (especialmente Protágoras: o homem caracteriza-se pelos traços próprios de cada um). O idealismo de Platão e o hilemorfismo de Aristóteles (união de forma e matéria como fundamento das coisas) quebrariam um pouco esse particularismo existencial com as noções de generalidade e universalidade do Direito natural (MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. **Ob. cit.**, p. 207). Entretanto, foi com a filosofia estóica que as idéias de universalidade e generalidade de Platão e Aristóteles sedimentaram-se (MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. *Idem*, p. 208). Mas o que importa para o presente estudo é o conteúdo formatado no início da era moderna em razão dos pressupostos adotados que influenciarão diretamente a construção da teoria contratual clássica.

do mundo jurídico às aludidas transformações sociais que marcam a passagem do feudalismo para a modernidade⁶⁷. Como ressalta HESPANHA,

Abre-se a época do *direito natural racionalista*, em que se acredita que os princípios superiores do direito são um produto da razão que, ao elaborá-los, revela uma ordem universal. Nós já sabemos, porém, que tais princípios não são universais, nem necessários, nem anteriores à actividade intelectual que os descobre. Pelo contrário, eles correspondem a desígnios normativos exigidos pelas condições sociais e institucionais de uma certa época. O pensamento jurídico não se limitou a *descobri-los* mas *pó-los lá*, laboriosamente, através de uma árdua tarefa de ‘interpretação’ das fontes romanísticas comandada por intenções normativas próprias da época. Se eles, agora, paracem ‘naturais’, isso só mostra até que ponto a tarefa de sua *construção artificial* foi conseguida e adequada à mundievidência da época.⁶⁸

O Direito natural racional⁶⁹ permitiu, então, uma nova antropologia, libertando o homem das amarras religiosas, trazendo ao Direito uma nova metodologia: a compreensão do fenómeno jurídico a partir de deduções lógico-abstratas, determinando as bases teóricas para a construção de preceitos jurídicos que consolidam a liberdade e a apropriação de bens. Assim, explica GEDIEL,

O pensamento filosófico que defendia esse conjunto de idéias básicas, denominado jusnaturalismo racionalista, lançou as bases teóricas para a fundação política das sociedades européias modernas. Os filósofos desse movimento podem divergir, por vezes, sobre a maior ou menor independência e inviolabilidade do poder do indivíduo em relação aos limites morais da justiça (*ius*), ou em relação

⁶⁷ CORTIANO JUNIOR, E. **Ob. cit.**, p. 34-35: “A aliança entre comerciantes e filósofos reconhecidos foi, a bem dizer, permanente, alcançando o Iluminismo. E de fato, aos filósofos iluministas caberá o papel de ideólogos daquela classe, e ‘a emancipação política de uma nova classe é apresentada, por parte de seus ideólogos, em termos de emancipação do Homem em geral’. Assim é que a união entre a burguesia e a filosofia iria culminar, com o advento da razão, no Estado moderno liberal. Esta união foi o ‘triumfo de uma aliança sem nuvens entre a finança e o pensamento, esta alargada como o exercício da razão racionante’. A ideologia se tornava em ordem jurídico-política”.

⁶⁸ HESPANHA, A. M. **Panorama...**, p. 135.

⁶⁹ O Direito natural racional cresceu em meio a crise da metodologia aristotélico-tomista dos comentadores medievais (HESPANHA, A. M. **Panorama...**, p. 134), em que ganharam força principalmente as correntes humanistas (presentes mais no centro-sul da Europa) e o nominalismo no norte europeu (WIEACKER, F. **Ob. cit.**, p. 283). O movimento nominalista (em especial os trabalhos de Scotto e Guilherme de Occam – cf. HESPANHA, A. M. **Panorama...**, p. 149), possibilitou a emancipação da razão do universo teológico em que se encontrava, tendo íntima ligação com a visão de Galileu e Descartes em relação ao processo de conhecimento: a de que toda a natureza poderia ser explicada a luz de preceitos matemáticos (enfim, exatos). Esse universo teórico será transposto ao Direito por uma série de jusfilósofos, especialmente Hugo Grotius, Althusius e Samuel Pufendorf (que inclusive criou uma noção de sistema deduzido logicamente a partir de preceitos contidos na obras de Thomas Hobbes e Barush Spinoza – cf. WIEACKER, F., **ob. cit.**, p. 325-326 e 340).

à liberdade do indivíduo perante o poder político e o direito constituído (*iura*). Há, porém, uma certa uniformidade entre eles a respeito da moralidade e necessidade de o poder individual ser exercido sobre determinadas coisas, como consequência da liberdade e como pressuposto da felicidade terrena. Majoritariamente, admitem a liberdade de apropriação individual os bens da natureza.⁷⁰

Tudo isso sedimentará a noção de segurança e certeza jurídica, que caracteriza o fundamento ideológico de uma outra doutrina jusfilófica, que estabelecerá as bases jurídicas necessárias para o desenvolvimento do projeto social da modernidade: o positivismo⁷¹.

A formação do Estado moderno foi o primeiro passo para a confirmação da hegemonia do positivismo jurídico. O seu advento é o pressuposto lógico da primeira característica do Direito positivo: o monopólio do Estado como fonte de Direito. As bases filosóficas que viam o ser humano como dominador da natureza deram condições para que se justificasse a criação de uma autoridade única que promovesse o preciso direcionamento da sociedade. O Direito deveria ser

⁷⁰ GEDIEL, José Antônio Peres Gediél. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**, p. 14.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Temas de direito constitucional**, t. II, p. 22: “O jusnaturalismo racionalista esteve uma vez mais ao lado do iluminismo no movimento de codificação do Direito, no século XVIII, cuja maior realização foi o Código Civil francês – o Código de Napoleão –, que entrou em vigor em 1804. Em busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos, isto é, documentos legislativos que agrupam e organizam sistematicamente as normas em torno de determinado objeto. Completada a revolução burguesa, o direito natural viu-se ‘domesticado e ensinado dogmaticamente’. A técnica de codificação tende a promover a identificação entre direito e lei. A Escola da Exegese, por sua vez, irá impor o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva. O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizam a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX”. Ressalte-se também que o Código Civil alemão também teve significativa importância, não somente histórica face ao célebre debate em torno da idéia de codificação entre Savigny e Thibaut (como será visto mais a frente), como também sistemática e metodológica, que inovou na divisão entre parte geral e especial, onde naquela estariam os conceitos gerais que se aplicariam a todos os livros da parte geral (partindo, portanto, de uma fórmula puramente racional: a compreensão do específico é retirada da compreensão do geral). Como se verá mais adiante, a noção de segurança se ligará com a de justiça, de modo a constituírem o núcleo axiológico do positivismo jurídico (v. item 2.3).

proveniente de uma única fonte porque somente assim a ordem e a paz seriam asseguradas. E essa autoridade somente poderia ser o Estado.

O Estado passa, então, a deter o monopólio da produção legislativa. Além disso, também detinha a exclusividade da interpretação e aplicação das leis produzidas (monopólio jurisdicional). O ideal da pacificação somente seria atingido com a centralização da justiça nas mãos do Estado. Nessa idéia de necessidade de segurança jurídica (valor base do positivismo ético, base ideológica da doutrina positivista) que surgiram as grandes codificações oitocentistas, com a pretensão de universalidade e perpetuidade.

Em verdade, o positivismo substituiu o jusnaturalismo e assim o fazendo decretou o declínio deste. Adotou como método o racionalismo e como fonte exclusiva do Direito a lei. Pelo método racional, estabeleceram a visão avaliativa, neutra e a-histórica do Direito; com a onipotência do legislador, estabeleceram a completude, a imperatividade e o formalismo do Direito. Direito é apenas aquele editado pelo Estado segunda as regras formais por este estabelecidas. Toda e qualquer análise jurídica, nessa ordem de idéias, deve girar exclusivamente em torno das normas emanadas pelo Estado. Separa-se com isso completamente o Direito da moral, o Direito da Filosofia. O jusnaturalismo é deixado de lado e toda a sua tradição é colocada no campo da filosofia jurídica, separada completamente da esfera jurídica.⁷²

⁷² CAENESE, R. C. V. **Ob. cit.**, p. 163-164: “Em resumo: o velho mundo passou por uma renovação radical, guiada pelos princípios da razão humana e pelo objetivo de alcançar a felicidade do homem. A realização desse objetivo parecia requerer agora que o fardo dos séculos precedentes fosse rejeitado. Aplicado ao direito, esse programa significava que a proliferação de normas jurídicas deveria ser drasticamente reduzida, que o desenvolvimento gradual do direito deveria ser substituído por um plano de reforma e por uma abordagem sistemática, e, por fim, que não se deveria emprestar autoridade absoluta nem aos valores tradicionais, como o direito romano, nem aos juristas e juízes eruditos, que se proclamavam ‘oráculos’ do direito. Os velhos costumes e os livros autorizados deveriam ser substituídos por um novo direito livremente concebido pelo homem moderno, cujo único princípio diretor fosse a razão. Esse novo direito deveria estar isento de qualquer obscurantismo. Ele constituiria um sistema claro e certo, compreensível para o povo, pois, de agora em diante, o direito deveria estar a serviço do povo. Para alcançar esse objetivo, era preciso preencher duas condições. A primeira era material: criação de um novo sistema jurídico baseado em um novo corpo de fontes; a segunda era formal: uma nova técnica deveria ser desenvolvida para assegurar a aplicação pelo direito natural, a segunda pela legislação, em particular pelos códigos nacionais introduzidos em todo o continente europeu”.

O Direito, então, passa a ser coeso, seguro, previsível, efetivo. As condições jurídicas necessárias às pretensões da classe política que emergia como hegemônica começavam a se delinear. Restava o desenvolvimento de um arcabouço teórico que não somente sustentasse tais preceitos fundamentais, mas principalmente possibilitasse a livre aquisição e circulação de mercadorias, base da estrutura social moderna. Essa função seria determinada principalmente pela teoria contratual moderna.

1.3 O advento de uma teoria contratual racional, universal e com pretensão de perpetuidade

Como se observa da análise histórico-crítica até aqui efetuada, a construção jusfilosófica moderna gradativamente sedimentou os postulados jurídicos fundamentais necessários à consolidação de uma visão de mundo marcada pelo enaltecimento do indivíduo⁷³ e pela liberdade ligada à apropriação de bens. Tal elaboração teórica tinha como marco principal a suplantação do sistema feudal (antigo regime). Restava a elaboração de um esquema teórico que embasasse e fomentasse o desenvolvimento do aspecto econômico ligado a essa nova concepção de mundo: o modo de produção capitalista.

Está-se, portanto, a dissertar sobre a construção doutrinária em torno de um sistema econômico que surgia (capitalista) cujo objetivo principal era o de superação do regime anterior (feudal). E ao se falar em plano econômico, diz-se a respeito de contrato, já que “os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na idéia de *operação econômica*. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente –

⁷³

O individualismo exerce papel fundamental no desenvolvimento da teoria contratual moderna, especialmente com a valorização da vontade individual, que será analisada no próximo capítulo.

para a idéia de operação econômica”.⁷⁴ O desenvolvimento teórico-jurídico dos contratos, a denominada teoria contratual clássica ou tradicional, atenderá, portanto, a uma missão clara: consolidar, de maneira ampla, o capitalismo emergente.

E essa finalidade será alcançada por meio de dois conceitos jurídicos fundamentais: a propriedade e o contrato. Tais conceitos são expressões jurídicas dos valores fundamentais da sociedade moderna: a liberdade e a apropriação de bens. É nesse sentido que se compreenderá o fenômeno que marcará a teoria contratual e cujos efeitos ainda se fazem presentes no universo contratual: o voluntarismo jurídico, traduzido no princípio da autonomia da vontade⁷⁵.

Mais do que simplesmente tutelar a vontade individual como fonte legitimadora exclusiva do contrato, o princípio da autonomia da vontade apresenta verdadeiro caráter político e ideológico, possibilitando a efetiva circulação de bens, aspecto fundamental aos interesses da classe burguesa⁷⁶. Mas, paralelamente à consolidação da instrumentalidade do contrato em relação ao tráfego de mercadorias, a doutrina da autonomia da vontade fará com que o indivíduo – traduzido juridicamente como sujeito de direito – passe a ser o centro das relações sociais: é a partir de sua livre manifestação da vontade (exercício de sua autonomia individual) que construirá toda a sua vida, comporá sua esfera jurídica, conquistará

⁷⁴ ROPPO, E. **Ob. cit.**, p. 8.

⁷⁵ Cabe ressaltar desde já que o princípio da autonomia da vontade não se confunde com a autonomia privada. A autonomia da vontade revela a prevalência do subjetivismo na relação contratual, estabelecendo como fonte exclusiva do contrato o acordo de duas ou mais vontades individuais. Os limites dessa pesquisa impedem uma análise pormenorizada do princípio da autonomia da vontade e suas transformações conceituais, especialmente o surgimento da noção de autonomia privada e a sua manifestação no universo contratual (em termos mais precisos, a autonomia negocial). Neste capítulo, destinado a análise histórico-crítica da construção da teoria jurídica moderna, será enfatizado mais a função político-ideológica exercida pelo princípio à época (afirmação do individualismo). Como assenta FACHIN, a autonomia privada é um “princípio político. O negócio jurídico, ao instrumentalizar a expressão da autonomia privada, concretiza um dos efeitos da liberdade individual, tal como formalmente reconhecida pelo ordenamento jurídico” (FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**: consequências práticas, p. 58). Justamente nesse diapasão que o princípio é tratado neste capítulo, ou seja, ressaltando seu caráter *revolucionário, transformador das idéias então vigentes*. Já seu enfoque especificamente contratual permeará todo o trabalho, em especial o cap. 1, item 1.1 da parte II.

⁷⁶ PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada, **p. 7-8**.

seu espaço social e político⁷⁷. Neste sentido, a vontade individual será a grande matriz pública e privada, de modo que o contrato (a teoria contratual) servirá a doutrinas políticas e a todo o universo do Direito privado. Dessa forma,

a categoria do contrato adquire um valor acentuadamente ideológico (no sentido que adiante será precisado) e político. Que significados e implicações deste género resultam indissociáveis deste conceito, é claramente comprovado pelo papel que a categoria do contrato assumiu no quadro das doutrinas elaboradas no ocidente pelos teóricos da política e que constitui um dos aspectos mais significativos das suas vicissitudes na história do pensamento. É, de facto, sabido, que toda uma série de teorias em torno à génese, à natureza, ao ordenamento e ao funcionamento da sociedade, amadurecidas no séc. XVII e no séc. XVIII, intitulavam-se de <<contratualismo>>. De Hobbes a Spinoza, de Locke a Rousseau, é comum aos filósofos deste período a idéia de que a sociedade nasceu e baseia-se no consenso, no acordo, precisamente no contrato (o ‘contrato social’ de Rousseau) com que os homens se comprometem a abster-se do uso indiscriminado da força nas relações recíprocas, renunciando consensualmente a fazer justiça por si próprios, transferindo o direito ao uso da força (em definitivo, parte de sua própria liberdade) para uma entidade superior e distinta de cada um dos indivíduos, que exprime a <<vontade geral>>: a sociedade, o Estado.⁷⁸

A liberdade, e em especial a liberdade negocial, ganha foro de extensão da dignidade do ser. A emancipação do sujeito dá-se pelo livre contratar (o que é evidenciado na “petição de princípio da época: quem diz contratual, diz justo”⁷⁹), momento em que a autonomia individual alcança seu esplendor. Assim, embora comumente ligada à teoria contratual, a autonomia da vontade representa princípio estruturante de toda a teoria jurídica, pois

com o triunfo das idéias iluministas e a relativa separação, com o liberalismo, das esferas política e econômica, a nova ordem que se instala (e a ideologia que a promove e sustenta) traz consigo um

⁷⁷ PRATA, A. *Idem*, p. 9-10: “A implantação do modo de produção capitalista acarretou assim a necessidade de universalização destes conceitos: todos passam necessariamente a ser proprietários, ou de bens que lhes permitam subsistir, ou de força de trabalho que vendam. Por isso todos passam a ser sujeitos jurídicos, todos passam a ter capacidade negocial. Mas essa necessidade impõe-se contra a realidade anterior, que é a da vinculação do trabalhador à terra e ao senhor feudal: daí que, do ponto de vista filosófico, o ultrapassar dessa situação determine, antes do mais, e sobretudo, o afirmar da liberdade das pessoas, da sua libertação dos vínculos que as prendem à terra e aos senhores. É neste momento que o conceito de autonomia privada ganha um conteúdo autónomo e operativo: e é esse conteúdo que vai investir a própria noção de negócio jurídico. Este deixa de ser visto na perspectiva de instrumento de troca de bens – na perspectiva de sua função – para ser acentuado seu carácter de realização da liberdade económica. O negócio é a afirmação da liberdade da pessoa, o negócio é o efeito jurídico da vontade livre.”

⁷⁸ ROPPO, E. **Ob. cit.**, p. 28-29.

⁷⁹ LÔBO, P. L. N. **Ob. cit.**, p. 106.

sopro emancipatório que profundamente altera a imagem do homem. Ele é agora senhor do seu destino, o sujeito da liberdade e da propriedade, titular, face ao Estado, de direitos e interesses individuais, que, em livre competição com os outros, pode satisfazer por iniciativa própria, no quadro das leis universais. Verdadeira marca da modernidade e do seu direito, é no domínio do tráfego jurídico-econômico que esta concepção mais cedo se afirma, e em pleno. Aí, na área da utilização dos recursos e da movimentação de bens, o ideal da autodeterminação causou-se de imediato, de forma perfeita, com o postulado básico da economia clássica de uma direção descentralizada, confiante em que da livre manifestação de preferências individuais resulta o bem-estar de todos. Qualquer critério holístico de determinação das decisões, independente da apreciação subjectiva dos agentes, deve, nessa óptica, ser afastado, pois as utilidades que eles retiram dos bens não é suscetível de uma comparação cardinal. A competência de valoração cabe aos próprios sujeitos interessados, já que, como não dispomos de bitolas exteriores objectivas, só eles podem decidir se uma mudança de situação representa um ganho para si (e, por reflexo, um acréscimo de prosperidade geral, pois, de acordo com o princípio individualístico, não há utilidade colectiva que não constitua a soma das utilidades individuais). O ser o homem ‘a medida de todas as coisas’ significa aqui – nem mais, nem menos – que ele é soberano na valoração e no destino a dar aos bens que estão na sua exclusiva esfera de domínio.⁸⁰

Mas inerente ao conceito de autonomia da vontade está outra característica que lhe dará força necessária para tornar-se o núcleo da teoria jurídica (e, em especial, a teoria contratual): a abstração.

Viu-se que uma das necessidades maiores na suplantação da ordem medieval foi romper com os entraves impostos sobre a produção existente à época, obstáculos estes ligados essencialmente a privilégios de classe. Igualmente era imprescindível dar ao Direito uma noção de segurança “generalizante” de modo a evitar que alguns fossem beneficiados simplesmente por pertencerem a determinado grupo social.

A revolta a este estado de coisas constituirá a base para a criação da chamada igualdade formal: todos são iguais perante a lei, independentemente das circunstâncias concretas a sua volta⁸¹. Assim, os sujeitos de direito eram encarados

⁸⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade, p. 24-29.

⁸¹ Nessa perspectiva que o contrato foi concebido pelas codificações liberais: “Refletindo um projeto político de índole burguesa, a codificação civil apreende este indivíduo abstratamente considerado como titular de vontade e garante-lhe proteção patrimonial. A identificação entre as recém conquistas da classe burguesa, mas também, de forma muito nítida, nos sistemas de direito civil então codificados. A propriedade privada erige-se em fundamento e símbolo da liberdade, ao mesmo tempo que o exercício daquele direito se supõe igualmente livre, assim como a sua circulação, através do livre exercício da autonomia negocial. Todos podem casar, ser proprietários e testar; todos são iguais. O patrimônio não constitui, em oposição aos títulos nobiliárquicos e clericais, fator de segregação e de estagnação sociais, mas de libertação conquistada, ou, quando menos, conquistável, por todos em igualdade de condições.” (NEGREIROS, T. **Ob. cit.**, p. 15-16).

de forma absolutamente uniforme: independentemente de qualquer posição social ou situação concreta são considerados em pé de igualdade em relação aos demais.

A concepção jurídica cristaliza-se, assim, como abstrata: neutraliza as sempre existentes tensões sociais mediante uma livre manifestação da vontade⁸². Várias construções doutrinárias modernas (clássicas) tomam por base essa premissa; assim será desenvolvida a teoria dos vícios da vontade: um filtro de juridicidade atestador da livre manifestação volitiva⁸³, a construção da figura do negócio jurídico, a afirmação de que toda e qualquer obrigação negocial somente surgirá com a livre assunção da responsabilidade. Da mesma forma é a noção de que a obrigação contraída por uma livre manifestação da vontade ensejará uma vinculatividade irrestrita, somente modificável por outra manifestação de vontade.

A modernidade, ao elevar a absoluta liberdade do homem a mandamento nuclear, pôs na vontade o “fundamento de nossos princípios e institutos de Direito Privado”.⁸⁴ Essa idéia leva à caracterização do contrato como um produto da vontade

⁸² “Existem divergências entre autores quanto ao alcance das diferenças de conteúdo ou puramente formais que se teriam verificado na teoria dos contratos. De qualquer modo, sobre o pano de fundo romanístico que está presente no direito intermediário, actuaram alguns fatores determinantes na evolução do instituto. Um deles foi a doutrina canonística, que, por motivações ético-religiosas, sustentou a relevância dos ‘nuda pacta’. Em sentido paralelo, a prática e a jurisprudência comercialistas, apoiando-se na ‘aequitas mercatoria’, tendiam à afirmação do princípio da consensualidade. Durante os séculos XVII e XVIII, acrescentou-se o impulso decisivo da Escola do Direito Natural. Esta, com a desvinculação racionalista dos precedentes históricos e a concepção voluntarista do direito, constituiu, sem dúvida, o fulcro de uma nova teoria do contratualismo, que fez a sua entrada definitiva na doutrina e nos grandes monumentos legislativos oitocentistas. Com DOMAT e POTHIER, mediante abstracção dos particularismos dos vários tipos contratuais, desponta a categoria geral do contrato, em cuja disciplina se reflectem os elementos comuns a todas essas figuras específicas. À mesma perspectiva teórica se reconduz, aliás, a elaboração do conceito mais amplo de negócio jurídico pela ciência pandectística alemã do século XIX”. (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**, p. 195).

⁸³ “A doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual e não a autoridade da lei. Sendo assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade terá também outras consequências jurídicas importantes como a necessidade do direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou de defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios de consentimento. Acima de tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da *liberdade contratual*.” MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**, p. 48.

⁸⁴ PINHEIRO, R. F. **Ob. cit.**, p. 396.

humana e só por esta modificável, independente do contexto e da realidade em que foi manifestada⁸⁵. A sociedade massificada indicou o caminho para contínuas limitações da autonomia da vontade, cada vez mais relativizada.⁸⁶

Não cabe uma análise mais detida do princípio da autonomia da vontade (o que requereria uma pesquisa própria), mas suas crescentes limitações pela ordem estatal decorrem da crise do próprio conceito de autonomia da vontade, que gradativamente cede espaço aos interesses sociais, transformando-se. Trata-se da problemática passagem da autonomia da vontade para autonomia privada⁸⁷. O princípio da autonomia privada não se confunde, como já ressaltado, com o da autonomia da vontade⁸⁸. Por este princípio, mais desenvolvido na França, a *vontade* é que dá origem e delimita a atuação privada, ao passo que o princípio da autonomia privada, delineado posteriormente pelos alemães, tem seu conteúdo e alcance determinado pelo *ordenamento* jurídico.

A diferença, embora possa parecer sutil para alguns, é significativa e representa verdadeiro ataque contra o individualismo. A autonomia da vontade pressupõe a prevalência do direito subjetivo sobre o direito objetivo, dentro da idéia já exposta do indivíduo como fonte e fundamento do Direito. A autonomia privada é concebida de forma contrária: como é delimitada pelo ordenamento jurídico, o direito objetivo predomina sobre o direito subjetivo. Essa inversão abre a perspectiva da influência estatal no âmbito contratual e consolida o caráter relativo da autonomia privada, delineada a partir da ideologia presente à época.⁸⁹

⁸⁵ Como aduz ANTUNES VARELA, a liberdade contratual é a “trave-mestra da teoria dos contratos” (ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**, v. I, p. 242).

⁸⁶ **MARQUES, C. L.** Ob. cit., p.150-155.

⁸⁷ Sobre a questão e sua complexidade, NEGREIROS, T. **Ob. cit.**, p. 2-3, nota 2.

⁸⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução, p. 347-349; MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre ‘cosmos’ e ‘taxis’: a boa-fé nas relações de consumo. *In A reconstrução do direito privado*. (_____. Org.), p. 614-615 e FACHIN, L. E., Novo conceito..., p. 58.

⁸⁹ Sobre o enfoque especificamente contratual das transformações conceituais da autonomia da vontade, v. cap. 1, item 1.1 da parte II.

Mas a abstração própria da construção da teoria contratual tradicional traz consigo outra noção, que a fez tão forte a ponto de repercutir efeitos concretos ainda hoje, passados mais de dois séculos: a pretensão de ser universal e perpétua. A neutralização de toda e qualquer tensão social possibilita a aplicação da teoria contratual em qualquer lugar e em qualquer época, sob as mais variadas circunstâncias⁹⁰. Como ressalta FACHIN,

Historicamente, quando o sistema de Direito Civil se erige, cria um conjunto de categorias congruentes com aquele momento histórico e tende a colocá-las para valerem perpetuamente. Isto revela como os fatos começam a se chocar com os conceitos. São modelos sociológicos de família, de contratos que não se enquadram num *standard*, e de direitos sobre as coisas que não se amoldam mais àquela clausura. Enquanto o sistema se manteve ou queria se manter intacto, a realidade subjacente foi se alterando. (...) É que a pretensão de cientificidade, como a de neutralidade, exige certo distanciamento da realidade social. E é por isso que o Direito cada vez mais se afastou da sua noção de arte e se aproximou desta pretensão de pseudo-cientificidade, mediante a qual os conceitos buscavam aprisionar os fatos da vida até que as águas desses diques represados acabavam rompendo as comportas para que os fatos se impusessem.⁹¹

O Direito fecha-se em si mesmo e rompe o diálogo que até então mantinha com o meio social; as normas jurídicas passam a ser exclusivamente formais, assépticas, reduzidas a hipóteses lógicas dotadas de sanção:

Assim construído, de fato, o direito emancipou-se das leis divinas ou das leis naturais, mas remete a uma espécie de inalcançável “outro de si”, que sob a veste de uma razão universal cancela e oculta

⁹⁰

O ápice dessa feição universalizante e atemporal dar-se-á com o processo de codificação implementado no século XIX. Por isso, é preciso dizer que o movimento de codificação não é um completo descontinuísmo em relação ao jusracionalismo: “Com o jusracionalismo realça-se, de facto, o carácter universal do direito. Ligada à <<natureza humana>> eterna e imutável, a regulamentação jurídica não depende dos climas ou das latitudes. Os <<códigos>> são tendencialmente, universais, pelo que tanto podem ser feitos por um nacional como por um estrangeiro e podem ser aplicados, livremente, como direito subsidiário ou mesmo principal de outros países. É isto que explica a tendência para exportar os grandes códigos (nomeadamente o *Code civil*, de 1804; e, mais tarde, os códigos civis alemão, italiano e suíço) para áreas culturais totalmente estranhas à europeia, como a japonesa (com o reformismo Meiji, nos finais do século XIX), a chinesa (com o movimento ocidentalizador de 4 de maio de 1919) ou a turca (com a revolução de Kamal Atatürk).” (HESPANHA, A. M. **Ob. cit.**, p. 168). Guardada as devidas proporções, a mesma observação pode ser aplicada ao Brasil, cuja codificação de 1916 também é inspirada nos Códigos francês e alemão, assim como a de 2002 é influenciada detidamente pela portuguesa de 1966 e italiana de 1942 (além de manter a inspiração alemã). Todas essas “influências” comprovam a pretensão de universalidade da idéia de codificação do Direito, pretensão esta que, como já visto, também é do Direito natural e se reflete na teoria contratual.

⁹¹

FACHIN, L. E. **Teoria....**, p. 55.

todo vínculo com os fatos, com a prática das relações humanas sobre as quais dá forma. Os mesmos princípios fundamentais da modernidade: a liberdade, a igualdade, o consenso como fonte da obrigação, aparecem em tais contextos como a porção de atributos que a mesma Razão universal assinala aos indivíduos para torná-los sociais e permitir-lhes de estabelecer relações recíprocas das quais seriam de outro modo incapazes. A norma cria a relação e o vínculo, sem a norma os indivíduos livres e iguais são isolados um do outro. Neste quadro, acaba por se estabelecer uma singular inversão da relação entre direito e sociedade, entre direito e força e entre direito e poder, referente ao configurado na cultura clássica e na experiência precedente à modernidade. A representação do direito como Forma, e como forma única e cogente, anula (no sentido que oculta) toda capacidade da sociedade e da sua práxis de exprimir autonomamente, fora das formas do direito, regras e arranjos vinculantes: inclusive o poder se emancipa da sociedade, para tornar-se um produto do direito. Principalmente, esta ‘representação’ impede de ter acesso à historicidade do direito, uma vez que a dimensão jurídica apresenta-se como emancipada e separada da experiência histórico-social.⁹²

A estrutura jurídica e teorização em torno das normas jurídicas simplificam o Direito⁹³ de tal modo a torná-lo um conjunto de regras válidas universalmente e atemporalmente:

o erro do positivismo jurídico (que dominou a ciência jurídica novecentista e que ainda colhia a maioria dos sufrágios durante a primeira metade do nosso século XX, tendo, aliás, ainda hoje, muitos e ilustres defensores) foi tentar isolar no tempo e no espaço cada sistema jurídico, para

⁹²

BARCELLONA, P. **Ob. cit.**, p. 7. Tradução livre de: “Così costruito, infatti, il diritto è si emancipato dalle leggi divine o da quelle naturali, ma rinvia ad una sorta di irraggiungibile ‘altro da sé’, che sotto le spoglie di una ragione universale cancella e occulta ogni legame con i fatti, con la prassi dei rapporti umani cui esso dà ‘forma’. Gli stessi principi fondamentali della modernità: la libertà, l’uguaglianza, il consenso come fonte dell’obbligo, appaiono in tale contesto alla stregua di attributi che quella medesima Ragione universale assegna agli individui per renderli ‘sociali’, e consentire loro di stabilire relazioni reciproche delle quali sarebbero altrimenti incapaci. La norma crea il rapporto e il vincolo, senza la norma gli individui liberi e uguali sono isolati l’uno dall’altro. In questo quadro, si finisce per stabilire una singolare inversione del rapporto tra diritto e società, tra diritto e forza e tra diritto e potere, rispetto a quello configurato nella cultura classica e nelle esperienze precedenti la modernità. La rappresentazione del diritto come Forma, e come forma unica e cogente, annulla (nel senso che occulta) ogni capacità della società e della sua prassi di esprimere autonomamente, fuori dalle forme del diritto, regole ed assetti vincolanti: persino il potere si emancipa dalla società, per diventare un prodotto del diritto. Principalmente, questa ‘rappresentazione’ impedisce di avere accesso alla storicità del diritto, una volta che la dimensione giuridica si presenta come emancipata e affrancata dall’esperienza storico-sociale”.

⁹³

O positivismo científico do século XIX procedia “a construções realizadas mediante abstrações lógicas que prescindiam dos fatos, ou os desnaturavam em proveito das idéias puras. O abuso revelava-se, segundo GÉNY, em considerar dotadas de realidade objetiva permanentes concepções ideais de índole provisória e meramente subjetiva, de sorte que, para êles, todo o sistema jurídico positivo residia, *a priori*, em limitado número de categorias lógicas, predeterminadas por essência, imutáveis em seus fundamentos, regidas por dogmas inflexíveis, impróprios, portanto, para se acomodarem às exigências da vida, mutáveis e várias. As noções jurídicas apresentavam-se, em suma, sob a forma de entidades metafísicas classificadas em categorias, providas de formas e dotadas dos efeitos necessários, ligados um aos outros por uma espécie de harmonia lógica” (GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**, p. 4).

analisá-lo independentemente de suas relações com o meio social, das lutas de interesses, dos compromissos, das metas e dos valores da sociedade. Todas as escolas positivistas, desde a da exegese francesa e a pandectística alemã, ambas do século XIX, até ao kelsenismo e ao neopositivismo deste século XX, enclausuravam o jurista numa torre de marfim, condenando-o, nas palavras de Betti, a fazer ‘arida analisi formale, astrattamente concettualistica’.⁹⁴

Por detrás dessa aparente neutralidade⁹⁵ revela-se o sentido que caracteriza o mundo moderno: uma nova visão de mundo que coloca os homens formalmente livres e iguais entre si, o indivíduo como centro do sistema e das ações. Essa concepção, passada para a teoria jurídica contratual, revela um papel fundamental desempenhado por esse indivíduo: o sujeito de direito contratante⁹⁶, que por

⁹⁴ NORONHA, F. **Ob. cit.**, p. 28.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 281: “A idéia de neutralidade do estado, das leis e de seus intérpretes, divulgada pela doutrina liberal-normativista, toma por base o *status quo*. Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades, etc.. Ora bem: tais distribuições – isto é, o *status quo* – não são fruto do acaso ou de uma ordem natural. Elas são produto do direito posto. E, frequentemente, nada têm de justas. A ordem social vigente é fruto de fatalidades, disfunções e mesmo perversidades históricas. Usá-la como referência do que seja neutro é evidentemente indesejável, porque instrumento de perenização da injustiça.” A própria noção de “neutralidade” traduz verdadeiro paradoxo, já que é clara manifestação de preceito ideológico: “Considerar a economia como apolítica – é ainda Irti quem o diz – nada mais é do que ‘contrapor uma política a outra política’. Em outras palavras, considerar a economia como apolítica nada mais exprime do que uma firme e bem determinada orientação política. Tal qual a economia, também o Direito não é neutro. Consiste na ruptura da neutralidade, é tecido por humana escolha, é produção de normas e tomada de decisões.” (MARTINS-COSTA, J. **Ob. cit.**, p. 616-617).

⁹⁶ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. (Luiz Edson Fachin (Coord.), p. 90-91: “Em cada relação jurídica, o sistema impõe seja assumido um determinado ‘papel’, e a atuação do homem é delimitada pelo ‘personagem’ que irá ‘representar’: o de contratante, o de ‘pater’, o de testador, o de proprietário, etc. Forçoso observar, assim, que o termo *pessoa* é tomado no seu sentido etimológico, originário de *persona* (na Antiguidade, máscara utilizada pelos atores teatrais). Em tal significação, é utilizado para indicar o homem como ator no mundo jurídico. **Pessoa**, nessa ordem de idéias, é aquele que compra, que vende, que testa; enfim, aquele que reúne condições de desenvolver atividades adequadas ao sentido mercadamente proprietarista do Código Civil Brasileiro. **Ser** pessoa é adequar-se, perfeitamente, aos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento; é traduzir, de modo concreto, a imagem conceitual ditada pelas normas. Não é difícil concluir, portanto, que a pessoa que o Código Civil descreve não corresponde àquela que vive, sente e transita pelos nossos dias.” É que os valores pessoais, os desejos, a intenção de ter reconhecida a sua dignidade não encontram correspondência nas abstrações de uma figura que o sistema pretende como pessoa, como sujeito de direito. Esse sujeito que a lei define como tal é o homem, mas esse mesmo homem definido como sujeito de direito muitas vezes passa pelo mundo sem ter tido o mínimo de condições necessárias à sua sobrevivência”. A autora refere-se ao Código Civil Brasileiro de 1916, mas a crítica mantém-se absolutamente em seus termos com relação à nova codificação (Lei 10.406/2002).

intermédio do poderoso instrumento contratual dinamizará todo o meio social à luz da circulação e aquisição de bens⁹⁷.

Vê-se, portanto, a importância da teoria contratual na construção do projeto moderno.⁹⁸ Desse modo, começa-se a entender a razão da antiga cláusula *rebus sic stantibus* ter sido ignorada pelas grandes codificações modernas. Justamente por permitir uma minoração da vinculatividade contratual (ou seja, da força do contrato), representa um perigo à consolidação do novo sistema emergente. No entanto, para melhor compreensão dessa incompatibilidade é necessário analisar mais detidamente os pressupostos teóricos da teoria jurídica contratual moderna.⁹⁹

⁹⁷ Assim, “o contrato é chamado a desempenhar papéis: no âmbito das relações sociais ele se constitui como emanção da personalidade de seu autor; na esfera política, ele mostra-se como instrumento de justificação do Estado, como pretenderam esboçar as teses contratualistas; no aspecto econômico, ele reflete as mudanças do modo de produção vigente, remetendo-se à idéia de operação econômica”. (PINHEIRO, R. F. **Ob. cit.**, p. 136).

⁹⁸ Exercendo desse modo um papel ideológico. Ademais, a dogmática jurídica tem uma missão ideológica, como assevera LÔBO: “Pode-se ainda salientar que a dogmática jurídica exerce, ela própria, uma *função ideológica*, já que cumpre importantes tarefas de socialização (homogeniza valores sociais e jurídicos), de silenciamento do papel social e histórico do direito, de projeção (cria uma cosmovisão do mundo social e do direito) e de legitimação axiológica, ao apresentar, como ética e socialmente necessários, os deveres jurídicos”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato: exigências e concepções atuais**, 1986, p. 8).

⁹⁹ Também denominada “tradicional” ou “clássica”: “A concepção tradicional, ou clássica, é aquela que herdamos do século XIX, que foi o período das grandes codificações e, ao mesmo tempo, uma era de grandes construções doutrinárias, algumas delas, como as de direito subjetivo, de pessoa jurídica e negócio jurídico, tão fundamentais que hoje seria impensável a ciência jurídica sem elas. É essa concepção tradicional dos contratos que ainda hoje inspira os grandes compêndios universitários, tanto os nacionais como os estrangeiros, responsáveis pelo embasamento teórico da esmagadora maioria dos juízes, advogados e mais juristas de nosso tempo”. (NORONHA, F. **Ob. cit.**, p. 41).

Capítulo 2 A TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL E A ABSOLUTA VALORIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO IRRESTRITO DO CONTEÚDO DO PACTO

2.1 Propriedade, liberdade, vontade individual: os pilares fundamentais da concepção tradicional do contrato

A análise histórica até aqui empreendida revelou a construção de uma mundividência particular própria da realidade moderna. A emancipação do homem das amarras medievais, no entanto, desembocou em um acentuado individualismo, marca crucial da modernidade¹⁰⁰. O indivíduo, assim, passará a ser tema central das preocupações dos intelectuais modernos e constituirá o material principal para construção da teoria jurídica moderna e, por conseguinte, da teoria contratual denominada de “clássica” ou “tradicional”.¹⁰¹

Michel VILLEY aponta três grandes fatores como a gênese do individualismo: o cristianismo, o humanismo e o nominalismo¹⁰². Tratam-se,

¹⁰⁰ Nesse sentido, CORTIANO JUNIOR ressalta o *sujeito do Iluminismo*, noção crucial da modernidade: “As concepções filosóficas da Ilustração auxiliam o desenho de um novo personagem: o indivíduo. A centralidade da razão humana foi a responsável pelo que se pode, conforme a lição de Stuart HALL, chamar de o **sujeito do Iluminismo**, que partia de uma concepção da pessoa humana como ‘indivíduo totalmente centrado, unificado, dotado das capacidades da razão, de consciência e de ação’, dotado de uma essência ou núcleo fundamental que é a sua própria identidade. Assim, ainda que sofrendo as influências do que lhe era externo, o sujeito do iluminismo era um **sujeito individual**. As relações externas do sujeito não eram capazes de lhe alterar a identidade, pois que estava fortemente preso à idéia própria de **ser em si**, de ter um **sentido em si** estável”. (CORTIANO JUNIOR, E. **Ob. cit.**, p. 44-45).

¹⁰¹ O individualismo no universo contratual é reflexo direto da superação da ordem antiga caracterizada por laços pessoais e pela vinculação do homem aos grupos sociais aos quais pertenciam. Então, “nesta perspectiva, o contrato revela-se como manifestação da personalidade dos indivíduos, encontrando o seu significado no alcance ideológico daquela noção. Não se concebia mais que o indivíduo permanecesse enclausurado pelas restrições do sistema feudal. Era necessário libertá-lo, o que se obteve por meio da referida noção, tornando a todos livres e iguais, ainda que tão-só formalmente para contratar. Mas principalmente para contratar sua força de trabalho, o que significa dizer, em conformidade com as palavras de MIAILLE, que a ‘noção de sujeito de direito mostra-se absolutamente indispensável para o modo de produção capitalista’” (PINHEIRO, R. F. **Ob. cit.**, p. 140-141).

¹⁰² VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito; os meios do direito, p. 126-135.

basicamente, de movimentos intelectuais que de forma significativa contribuíram para o advento e a cristalização do jusnaturalismo racionalista, enfatizando a liberdade natural e a moralidade da felicidade humana (reconhecendo a dimensão individual do homem), permitindo a “oposição do sujeito a qualquer ordem religiosa, política e jurídica preestabelecida que as impedisse”¹⁰³. O enaltecimento do indivíduo, aliado à passagem do feudalismo para o capitalismo, exercerá papel fundamental na suplantação do domínio religioso da Igreja católica.¹⁰⁴

O individualismo não somente marcará a consolidação do projeto moderno, mas também a teoria jurídica moderna, em especial a teoria contratual¹⁰⁵. Permitirá, com extraordinário êxito, adequar os valores burgueses à doutrina jurídica, consolidando o Estado moderno burguês e o capitalismo. Possibilitará, enfim, a elevação da propriedade e a sua circulação como eixo central da sociedade, estipulando a liberdade individual, exteriorizada na manifestação livre de vontade de sujeitos de direito, como preceito jurídico base¹⁰⁶. Assim, pode-se concluir que

¹⁰³ GEDIEL, J. A. P. **Ob. cit.**, p. 13.

¹⁰⁴ GEDIEL, J. A. P. *Idem, ibidem*.

¹⁰⁵ CORTIANO JUNIOR, E. **Ob. cit.**, p. 51: “Várias idéias e movimentos colaboraram para a concepção moderna do indivíduo, que pode ser entendido como causa e efeito da nova organização econômica do ocidente. A economia de troca exige, além **daquilo** que se troca, **aquela** que se troca. A troca pressupõe escolha (entre trocar e não trocar, entre o que trocar e o que não trocar), e escolha pressupõe autonomia. A ilustração pregava a autonomia intelectual, política e econômica do indivíduo: saber conhecer no campo do *saber*, saber escolher no espaço público e saber agir na busca da sobrevivência e da segurança material. A igualdade era fundamental para o desenvolvimento das relações de troca: um espaço de autonomia (ou de decisões) pressupõe igualdade entre os que decidem. Todos podem trocar, todos são livres, todos são iguais. Este indivíduo igual e livre vai permanecer como a figura central tanto nos discursos da economia moderna como da lei moderna. Trata-se, entretanto, de uma liberdade formal (mas material na medida em que se garante a liberdade de iniciativa aos indivíduos) e de uma igualdade formal. Liberdade e igualdade aparentemente reais.

¹⁰⁶ Nesse sentido compreende-se como as codificações liberais (oitocentistas) representarão a “‘autobiografia’ do indivíduo burguês. Afirma-se, sem exagero, que não apenas o direito civil, mas todo o Direito da modernidade tem como ponto de partida o individualismo e o liberalismo. Nesta medida, justifica-se o significado constitucional de que eram dotados os Códigos Civis (...)” (NEGREIROS, T. **Ob. cit.**, p. 16). A mesma ordem de idéias aplica-se ao contrato: “a noção de contrato, tal como estruturada no Código Civil Brasileiro, nada mais é que a projeção dos modos de adquirir, fruir e utilizar a propriedade – e preferencialmente, a imobiliária. Tal projeção do conceito de propriedade privada à liberdade quase absoluta de contratar é resultante do profundo individualismo que marcou os estatutos civis do século XIX, além de valer-se, igualmente, em outras premissas de ordem político-econômica dominantes nos séculos XVII e XVIII, tais como a ausência de qualquer intervenção do Estado em assuntos de cunho privatístico e a concepção primitiva de que o indivíduo é o principal agente da economia”. (MEIRELLES, J. **Ob. cit.**, p. 99-100).

propriedade, liberdade e vontade constituem os pilares fundamentais da teoria contratual.¹⁰⁷

Nesse sentido é que se concebe uma ideologia em torno do contrato, manifestada basicamente na idéia da liberdade de contratar. Aos indivíduos assegurava-se amplamente as potencialidades contratuais, em que

a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhes estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controlos; *não* concluir um certo contrato, *não* inserir nele uma certa cláusula. Inversamente, não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo preço ou em certas condições: os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados.¹⁰⁸

Passa-se, então, a uma idéia de liberdade contratual desenfreada, cujo conteúdo não abria espaço para o reconhecimento das desigualdades materiais subjacentes à relação contratual. Em uma ordem geral de liberdade contratual tendencialmente ilimitada, todos são formalmente iguais entre si pelo fato de as

¹⁰⁷

AMARAL, F. **Ob. cit.**, p. 148-149: “Se a propriedade é um dos institutos fundamentais da ordem jurídica privada, constituindo-se na base da vida econômica dos indivíduos, e no instituto básico do direito civil no campo da estática patrimonial, o contrato e as relações jurídicas dele decorrentes, as obrigações, são o elemento dinâmico do direito patrimonial, tendo por objetivo a cooperação das pessoas por meio da prestação de serviços, e a circulação de bens econômicos. Propriedade e contrato são assim os institutos representativos do individualismo jurídico e da liberdade no direito civil, de modo a poder afirmar-se ser o direito civil o ordenamento jurídico dos particulares, fundado no princípio da igualdade de poder perante a lei e construído com base no reconhecimento de uma esfera de soberania individual, cujas mais evidentes manifestações são o princípio da *liberdade*, com referência à pessoa, a *propriedade*, com referência à relação pessoa e bens da vida, e o *contrato*, com referência à atividade livre e discricionária dos indivíduos. Tais aspectos permitem caracterizar o objeto ou a matéria do direito civil, como aquele conjunto de relações ou setor de experiência jurídica em que desempenha papel proeminente a *autonomia* reconhecida aos indivíduos e que se traduz na *liberdade*, como valor individual, na *propriedade*, como senhoria dos bens, e na *autonomia privada*, como poder de auto-regulamentação jurídica dos próprios interesses por meio do negócio jurídico, de que são mais importantes espécies o contrato e o testamento. Tais institutos seriam a expressão das três liberdades fundamentais do direito civil, a liberdade de contratar, a liberdade de ser proprietário e a liberdade de testar, liberdades essas às vezes limitadas pela intervenção do Estado no âmbito da autonomia individual, por meio de regras de ordem pública e dos bons costumes”.

¹⁰⁸

ROPPO, E. **Ob. cit.**, p. 32.

operações econômicas entabuladas derivarem de livres manifestações de vontades individuais¹⁰⁹. A operação de validação jurídica do contrato, então, esgota-se na verificação das declarações volitivas dos contratantes que, uma vez exteriorizadas em consonância com os cânones legais, vinculavam-nos inexoravelmente¹¹⁰.

A necessidade de suplantação da ordem antiga, caracterizada por relações pessoais marcadas pelo grupo ao qual o homem pertencia, levou à construção da figura do sujeito de direito. Forma-se, desse modo, a noção de autonomia privada, tradução jurídica do livre arbítrio individual em compor sua esfera de interesses. O indivíduo, *per si*, comporia toda a cadeia de relações jurídicas consubstanciadoras da sua vida privada, especialmente as relativas à apropriação de bens. Como salientou Ana PRATA, a origem do conceito de autonomia privada está imbricada com o de sujeito de direito e propriedade, pois

quando a pessoa passa a poder dispor do bem – e não apenas a ter o poder de o usar e assegurar a sua utilização produtiva – então ela afirma-se exclusiva titular de um poder de produzir efeitos jurídicos, já não só como meio de exclusão das restantes pessoas, mas também como meio de transmissão do próprio bem. A atribuição de personalidade e capacidade jurídicas constitui o instrumento através do qual se viabiliza a utilização privada autónoma.e não perturbada de cada fracção da terra e a troca de bens. Por isso que elas só existem quando esses bens existem ou podem existir¹¹¹.

109

A concepção comum a respeito da autonomia da vontade e da liberdade contratual parte de uma visão exclusivamente individual, olvidando inclusive que uma relação contratual, como relação, pressupõe no mínimo dois sujeitos: “O sujeito, no seu âmbito de actuação, é visto como investido de um poder individual de auto-regulação, sem se entrar em linha de conta com os poderes simétricos dos outros sujeitos com que ele entra em relação. Assim, e de acordo com uma de suas mais celebradas e clássicas definições, por autonomia privada deve entender-se ‘o princípio da autoconformação das relações jurídicas por cada um segundo a sua vontade’. Sendo a liberdade contratual uma componente fundamental desse princípio, também ela exprimiria a ‘auto-soberania’ (*Selbstherrlichkeit*) de cada uma na criação e modelação de relações jurídicas. Formulações deste tipo, que, aliás, se poderiam, de igual modo, facilmente colher noutros ambientes culturais e ideológicos, constroem um universo homogêneo de actos de autonomia privada, com domínios próprios, mas uma unidade de sentido: o reconhecimento e garantia de um espaço de livre afirmação do querer individual. A autodeterminação que se manifesta na celebração de um contrato e na estipulação de seus efeitos é, nesta óptica, a mesma que se corporiza na liberdade de disposição dos bens por testamento, como, mais amplamente, na liberdade de exercício dos direitos subjectivos. Em todas estas zonas se afirmaria o mesmo pensamento garantístico, de delimitação de esferas de liberdade e de soberania da vontade individual, livre de interferências e de imposições externas”. (RIBEIRO, J. de S. **Ob. cit.**, p. 52).

110

ROPPO, E. **Ob. cit.**, p. 34.

111

PRATA, A. **Ob. cit.**, p. 8.

A liberdade contratual valeu-se de todas as concepções jusfilosóficas que fundamentaram a idéia do homem racional e independente do universo divino, possibilitando sua emancipação das amarras medievais. Esse desprendimento da ordem estabelecida no antigo regime levará a uma noção absoluta de liberdade cujas conseqüências refletirão na superação dos privilégios feudais e, simultaneamente, na abstração de toda e qualquer desigualdade material¹¹². Em outros termos, as revoluções liberais modernas consolidaram a idéia do homem livre e formalmente igual ao seus pares, abstraindo as contradições sociais invariavelmente presentes em qualquer sociedade¹¹³.

Referida abstração será mantida e ressaltada pela pandectística alemã. A noção de sistema, desenvolvida por Savigny, tem como fundamento principal os institutos, localizados na sociedade, dos quais derivam as regras jurídicas; a ciência jurídica teria a tarefa de firmar o “nexo orgânico” entre os institutos – base do sistema jurídico – e as regras jurídicas, de modo a preservar os desígnios do Direito (a interpretação da norma, então, deveria se ater à “intuição do instituto jurídico” e não ao universo normativo somente por si¹¹⁴). No entanto, a falta de parâmetros da metodologia de Savigny para concretizar o “nexo orgânico” entre institutos e regras promoverá uma sucessiva abstração: a da elaboração das regras jurídicas a partir dos institutos jurídicos e a da formulação dos conceitos jurídicos pela ciência do Direito a partir das regras jurídicas,

e daqui decorre, a nosso ver, a reduzida eficácia que teve na prática a sua metodologia – SAVIGNY não consegue mostrar-nos como se efectua o trânsito da ‘intuição’ do instituto para a ‘forma

¹¹² “O cenário jurídico-filosófico do século XVIII – o século das Luzes da liberdade, do indivíduo e do contrato – vai espalhar-se na teoria jurídica desenvolvida ao longo do século XIX, resultando na formulação de princípios, categorias e valores que, e torno da autonomia privada, até hoje governam correntes significativas do pensamento filosófico”. (NEGREIROS, T. **Ob. cit.**, p. 25).

¹¹³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. In: **Direito civil constitucional**: situações patrimoniais. Carmem Lúcia Silveira Ramos (Coord.), p. 19: “Os indivíduos proprietários são iguais em tal condição e reputados, ainda, iguais perante a lei. Trata-se de uma igualdade formal, a partir da qual não se vai perquirir o que ocorre nas relações concretas: os indivíduos proprietários são iguais perante a lei para, nessa condição, promoverem o trânsito jurídico da propriedade. A igualdade formal é, pois, um dos princípios da teoria contratual clássica”.

¹¹⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, p. 13-14.

abstracta da regra' jurídica, e desta, finalmente, para a intuição originária. É caso para perguntarmos se os institutos jurídicos se deixam 'intuir' sem que o intuído assuma desde logo uma expressão categorial, e, por outro lado, se é possível 'acrescentar' às regras em si, depois de se terem construído por 'abstracção' – ou seja, por uma desintegração do instituto e uma abandono consciente da sua totalidade – o seu primitivo 'nexo causal', quando é certo que este nexo *só* se dá na intuição, e, por conseguinte, se furta à apreensão conceptual. Efectivamente, se a unidade de um instituto jurídico só se oferece na intuição, é claro que não pode ser compreensível cientificamente; mas nesse caso também não se vislumbra caminho algum que nos possa fazer regressar até lá, uma vez formadas as regras abstractas e iniciada a elaboração científica. A ciência não conseguirá mais do que abstrair das regras, já de si abstractas, conceitos cada vez mais distanciados da 'intuição global'. Do instituto A este propósito é significativo o modo como o próprio SAVIGNY construiu o seu sistema do Direito privado. SAVIGNY estabelece um próprio conceito abstracto de relação jurídica como um 'poder de vontade', procedendo depois, e de acordo com os possíveis 'objectos do poder de vontade', a uma divisão lógico-formal das relações jusprivatísticas que o leva à aceitação de 'três categorias fundamentais de direitos'¹¹⁵.

Nesse sentido, a obra de Savigny serve como referência na construção de uma caminho para o surgimento da denominada “jurisprudência dos conceitos”, cujo principal mentor foi Putcha, que adota como linha metodológica a dedução exclusivamente racional de regras e princípios jurídicos,

e precisamente porque, ao acentuar, com razão, o carácter primário dos institutos jurídicos em face das simples regras jurídicas, SAVIGNY entendia que a apreensão conveniente de um instituto (como um todo de sentido) só era possível pela intuição – confinando o pensamento conceptual numa apreensão de regras jurídicas necessariamente abstractas, à maneira da lógica formal – pode dizer-se que ele preparou o caminho da 'Jurisprudência dos conceitos' formal de PUCHTA¹¹⁶.

Tem-se, então, a idéia de indivíduo livre e racional, promovida pelos jusracionalistas, que desembocará na construção das figuras jurídicas do sujeito de direito e do direito subjetivo. Paralelamente, ocorre o desenvolvimento da noção de sistema, que redundará na solidificação da concepção de ciência jurídica neutra e universal.

Nesse universo intelectual surgiram as duas maiores codificações modernas – francesa e alemã – que influenciaram detidamente os sistemas codificatórios

¹¹⁵ LARENZ, K. *Idem*, p. 14-15.

¹¹⁶ LARENZ, K. *Idem*, *ibidem*.

ocidentais¹¹⁷ e conformam o contrato à luz das idéias expostas¹¹⁸ (identificando-o à noção de liberdade, propriedade e vontade individual), consolidando desse modo as pretensões burguesas. HESPANHA ressalta justamente que o conceitualismo pandectista

traduz, do ponto de vista histórico-cultural, uma posição, por um lado, *individualista*, e, por outro, *relativista*. Individualista, na medida em que os seus dogmas (princípio da existência e primado dos direitos subjectivos, da autonomia da vontade, a ilimitação da propriedade, etc.) decorrem logicamente do princípio – retomado do jus-racionalismo individualista – de que a sociedade resulta de uma combinatória de actos de vontade de indivíduos livres e titulares de um direito originários a essa liberdade (*direitos do indivíduo e do cidadão* na esfera do direito público; *direitos subjectivos*, sobretudo na esfera do direito privado). Relativista e formalista porque, depois do fracasso dos grandes sistemas ético-políticos de base religiosa ou racionalista, a pandectística se limita a atribuir ao poder a função de estabelecer uma forma de organização política que melhor possa garantir a liberdade individual (liberalismo). Desistindo de lhe formular um conteúdo axiológico, ou seja, de

117

Não é objeto deste trabalho analisar as fases da ciência jurídica alemã – as denominadas “Jurisprudências dos conceitos, dos interesses e das valorações” – mas tão-somente delas ressaltar aspectos fundamentais utilizados na construção e afirmação da concepção tradicional do contrato. Nesse sentido, a concepção de sistema por Savigny – especialmente a sua oposição entre a dimensão histórica e a dimensão sistemático-filosófica, de matriz kantiana – representou contribuição fundamental para a abstração que presidiu a interpretação e compreensão do contrato. Como salienta NEVES, “se a escola queria impor à *Rechtswissenschaft* uma base histórica, nem por isso lhe queria excluir a natureza dogmática. Pelo que, com a *dimensão histórica*, no sentido atrás indicado, devia concorrer uma dimensão ‘sistemático-filosófica’ (v. SAVIGNY, *Juristische Methodlehre*, p.p.; G. WESENBURG, 17, 31, ss., 35, ss.) – a dimensão verdadeiramente científica que a dogmática jurídica haveria de realizar, já que pela sistematicidade definia também a escola histórica a cientificidade. O que viria a traduzir-se em um resultado paradoxal. É que o modo como esse elemento sistemático-filosófico ou científico-sistemático foi compreendido – num sentido epistemologicamente kantiano –, associado à função produtiva do *Juristenrecht* ou do ‘*direito científico*’, não podia deixar de determinar, como determinou na verdade, a recuperação de um sistemático racionalismo normativo, e em termos justamente de se ter já reconhecido na escola histórica uma indelével ‘herança jusnaturalística – ‘simultaneamente vencedora do ‘direito natural’ e sua herdeira’ (assim, por todos, WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., 372, s.; afr. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, III, 40, s.) – que sacrificava e acabou mesmo por expulsar a ‘dimensão histórica’”. (CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, v. 2. Coimbra, p. 211).

118

Apesar das diferenças entre as sistemáticas francesa e alemã, elas derivam da mesma ideologia: “Inobstante a diferença dos modelos, a Escola da Exegese, pandectística e o formalismo positivista, no século XIX, plasmarão aí o sistema fechado, cujo axioma de base será constituído pela validade dos enunciados normativos promulgados pela autoridade histórica ou estatal e cujo programa incluiu uma dupla pretensão – a da exclusividade das normas promanadas por tais fontes e a da plenitude lógica de seus elementos, arrumados em um específico *corpus*, o Código.” Enfim, “se põe a mais completa tradução da idéia de sistema fechado” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional, p. 179). A questão da sistematização fechada e, portanto, distanciada da realidade, constituirá uma das principais causas para a não aceitação pelas codificações francesa e alemã da cláusula *rebus sic stantibus*. No entanto, as particularidades de cada uma das sistemáticas permitirá desenvolvimentos diferenciados em torno da problemática da revisão contratual (sobre essa questão, v. cap. 3, itens 3.1 e 3.2).

lhe prescrever princípios ético-jurídicos materiais (*i. e.*, dotados de matéria ou conteúdo normativo) que guiem o exercício dessa liberdade.¹¹⁹

A divisão do *Code Civil* denota claramente a sua feição e seus propósitos: pessoas, propriedade e maneiras pelas quais adquire-se a propriedade. Construída sob as premissas ideológicas revolucionárias, a preocupação da codificação era libertar o indivíduo das limitações do *ancien régime* e ligá-lo à propriedade¹²⁰. À aquisição proprietária atribuiu-se o papel de extensão do ser e dignidade social, e a principal forma de aquisição proprietária, o contrato, ganha significativo destaque¹²¹. Na ordem codificada francesa, o contrato será o grande instrumento de circulação de riquezas, exercendo papel de subordinação à propriedade:

Desta forma, o instituto do contrato assume, num certo sentido, uma *posição não autônoma, mas subordinada, servil, relativamente à propriedade*, que se apresenta como instituto-base, em torno do qual são ordenados todos os outros: o contrato, em suma, surge na consideração do legislador só no seu papel de instrumento (um dos instrumentos, a colocar ao lado de outros susceptíveis de desempenhar a mesma função, como por exemplo a sucessão *mortis causa*, que não por acaso são contemplados no mesmo livro) de transferência de direitos sobre coisas, e, portanto, em primeiro lugar, a propriedade¹²².

O Direito moderno, desse modo, construiu e sedimentou o denominado “princípio proprietário”, sendo

¹¹⁹ HESPANHA, A. M. **Panorama...**, p. 187-188). Desse modo, atende, embora por intermédio de uma metodologia diferenciada, aos mesmos valores liberais que presidiram o movimento revolucionário francês e desembocaram na formulação do *Code Civil*.

¹²⁰ “Das concepções de igualdade e liberdade extraem-se dois dos pilares fundamentais do processo revolucionário burguês de 1789 e dele, enquanto seu fruto necessário, o Código Civil de Napoleão (*Code*). Daí a relevância deste diploma legislado para o estudo da matéria em foco, especialmente em vista de ter ele servido como receptáculo do processo jus-filosófico que o antecedeu, e conseqüentemente mantenedor do *status quo* burguês, que se verificou com o liberalismo clássico. Sobre o afinamento do *Code* aos valores do Direito Natural, além de uma mera coincidência temporal, nota-se a presença de Jean DOMAT como um de seus redatores e também, autor da obra *Lê lois civiles dan leur ordre naturel*. Quanto à eficácia e relevância do *Code*, e do modelo de contrato nele contido, para o período seguinte dos sécs. XIX e XX, pode-se concluir que foi determinante.” (Nalin, P. **Ob. cit.**, p. 108).

¹²¹ Como assenta RIZZARDO, “O individualismo firmou-se soberano, acompanhando o evoluir do contrato. Acentuou-se com o Código de Napoleão e se expandiu com a filosofia dos fisiocratas, tornando-se instrumento eficaz da economia capitalista” (RIZZARDO, A. **Ob. cit.**, p. 19).

¹²² ROPPO, E., **ob. cit.**, p. 42.

no espaço da propriedade – e do mercado – que o indivíduo exerce plenamente sua liberdade: o indivíduo proprietário é livre para o pleno exercício de seus poderes de proprietário. Por isso, não cabe ao Estado intervir naquilo que diz respeito a esse espaço de liberdade, no qual as regras decorrem da vontade individual, e não de uma imposição do Estado, que tem como escopo, precisamente, proteger essa liberdade. Nota-se, pois, que na idéia de que a propriedade é, por excelência, o mais importante direito natural e a garantia de sua liberdade, está um dos pilares de base em que se assenta toda a formação do direito liberal clássico, com a clivagem entre público e privado, e um dos germens da caracterização do elemento central da disciplina jurídica civil do contrato: o indivíduo proprietário.¹²³

Liberdade e propriedade ligam-se, de modo a formar um elo indissociável caracterizador da noção de contrato:

Em toda uma tradição do pensamento jurídico-político oitocentista, destinada a perpetuar a sua influência também no século seguinte, *liberdade e propriedade* estavam, de facto, associadas à maneira de um binómio indissolúvel: a propriedade (privada) é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo e a sua garantia relativamente ao poder público, enquanto, por sua vez, a liberdade constitui a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la conformemente com a sua natureza e com as suas funções; sem propriedade, em suma, não há liberdade, mas inversamente, não pode haver propriedade dissociada da liberdade de goza-la, de dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular sem nenhum limite (e portanto dissociada da liberdade de contratar)¹²⁴.

Nessa ordem de idéias, todos são livres para contratar e, contratando, todos indistintamente adquirem bens e alcançam *status* social. A liberdade ligada à

¹²³

RUZYK, C. E. P. **Ob. cit.**, p. 17-18. Como assevera BARCELLONA, “*el acto constitutivo del Estado moderno reside, de hecho, en la decisión de construir un orden para la convivencia a partir de una antropología individualista que asume al individuo como sujeto de necesidad y como deseo de posesión ilimitada. Este ‘principio’ evoca ya un potente artificio, pero incorpora también una contradicción irreducible: significa pensar el orden de la sociedad asumiendo como premisa una noción de individuo liberado de cualquier vínculo comunitario, de una ética social universalmente compartida.*” (tradução livre de: “o ato constitutivo do Estado moderno reside, de fato, na decisão de construir uma ordem para a convivência a partir de uma antropologia individualista que assume o indivíduo como sujeito de necessidade e como desejo de posse ilimitado. Este princípio evoca já um potente artifício, mas incorpora uma contradição irreduzível: significa pensar a ordem da sociedade assumindo como premissa uma noção de indivíduo livre de qualquer vínculo comunitário, de uma ética social universalmente compartilhada”). Esta tensão é mediada pela “*construcción de la subjetividad jurídica y de la propiedad privada individual*” (construção da subjetividade jurídica e da propriedade privada individual), a primeira baseada na igualdade formal e a segunda na “*abstracción de la noción de lo propio*”, que se convierte en una connotación objetiva de la naturaleza como disponible a la manipulación del hombre” (na abstração da noção do próprio, que se converte em uma conotação objetiva da natureza como disponível a manipulação do homem; BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**, p. 20-21).

¹²⁴

ROPPO, E. **Ob. cit.**, p. 42-43.

propriedade legitimará a ampla circulação de bens, abstraindo a condições de contratação, as pessoas que estão contratando e, principalmente, o jogo de forças subjacente ao contrato.¹²⁵

A codificação alemã trará um aprimoramento técnico-jurídico da liberdade contratual com a construção da figura do negócio jurídico. O universo cultural e jurídico alemão sedimentará a valorização da vontade a partir do paradigma individual, cujas origens remotas estão no pensamento estóico grego, resgatado nesse particular pelos nominalistas Occam e Scot¹²⁶. Mas a racional sistematização do material jurídico existente, especialmente o romano, apresenta-se como a grande característica do espaço jurídico-cultural alemão. A adoção de uma parte geral na codificação, na qual estariam inseridos os preceitos gerais aplicáveis a todas as demais partes do direito civil (obrigações, propriedade, família e sucessões), é demonstração cabal de uma formalização lógica no trato jurídico¹²⁷.

A tarefa empreendida pela escola pandectista acarretará um isolamento do Direito que o afasta da sociedade; nessa ordem de idéias, a ciência do direito ganha uma áurea exclusivamente formalista e os conceitos jurídicos são concebidos como um fim em si mesmo. Conforme salienta Orlando GOMES,

¹²⁵ Nessa ordem de idéias insere-se a conhecida lei de Maine (do *status* ao contrato), deduzida das reflexões de Henry Sumner Maine e consistente na “ideia de que, enquanto nas sociedades antigas as relações entre os homens – poder-se-ia dizer o seu modo de estar em sociedade – eram determinadas, em larga medida, pela pertença de cada qual a uma certa comunidade ou categoria ou ordem ou grupo (por exemplo, a família) e pela posição ocupada no respectivo seio, derivando daí, portanto, de modo mecânico e passivo, o seu *status*, ao invés, na sociedade moderna, tendem a ser, cada vez mais, o fruto de uma escolha livre dos próprios interessados, da sua iniciativa individual e da sua vontade autónoma, que encontra no contrato seu símbolo e o seu instrumento de actuação” (ROPPO, E. **Ob. cit.**, p. 26). No mesmo sentido, SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil, v. III: fontes das obrigações: contratos**, p. 31.

¹²⁶ HESPANHA, A. M. **Panorama...**, p.64-65.

¹²⁷ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria do direito civil**, p. 22: “A pessoa humana deve ser a primeira realidade institucional para o Direito Civil e, conseqüentemente, o pórtico deste ramo do Direito. Ver a relação jurídica como conceito básico da Direito Civil submerge a pessoa humana na noção formal e abstracta de sujeito da relação jurídica, incluindo-a dentro deste conceito, ao mesmo nível em que aí se encontram certos agrupamentos de pessoas (Estado, associações, sociedades) ou massas de bens (fundações) – em suma, as chamadas *pessoas colectivas* – que, por meras razões de técnica organizatória e não por exigência da natureza e dignidade do homem, têm também a qualidade de *sujeitos de relações jurídicas*. Daí que se afirme estar vertido um generoso e nobre humanismo nos Códigos, como o Código português de 1867 ou o Código Civil suíço, ou ainda outros, proclamam nas suas disposições iniciais que todo o homem ou toda a pessoa goza de

Para os pandectistas, o ordenamento jurídico há de ser um sistema totalmente organizado e independente, isento de lacunas, de sorte que todo caso jurídico possa ser enquadrado num conceito. Reduz-se, em consequência, a função do juiz a mero autômato, por isso que lhe cumpre apenas encontrar o Direito pelo processo da subsunção, e se limita a instrução jurídica ao aprendizado da doutrina em uma sucessão sistemática, totalmente ordenada sob forma estritamente lógica. Caracteriza-se o método dessa Escola pelo abuso das abstrações lógicas.¹²⁸

A teoria do negócio jurídico, ressaltada pelo autor, é exemplo emblemático dessa abstração:

Provinha êsse método da persistente influência da obra dos teóricos do *direito racionalista sistemático*, notadamente PUFENDORF, o jusnaturalista que primeiro construiu um sistema autêntico de teoria geral do direito, ainda persistente nos grandes Códigos da Europa central. A *parte geral* do Código Civil alemão e a dos que imitaram não seriam possíveis sem a obra de PUFENDORF, a quem se deve a criação sistemática pela qual, como salienta WIEACKER, o contrato passa a ocupar a posição central na teoria geral do Direito. É sob sua influência que a Escola Pandectista dedica-se, com afincio, à construção da *teoria do negócio jurídico*, elaborando conceitos e generalizando-os com tamanha perfeição lógica, que os autores do Código Civil entenderam ser conveniente sua incorporação á obra legislativa, sistematizando-os na famosa parte geral. Em sua obra também se encontra o embrião da parte especial do Direito das Obrigações, classificados os contratos segundo traços conceituais característicos.¹²⁹

Com isso, reforçam-se os interesses burgueses e concretiza-se o sistema capitalista. De fato, se o contrato é o instrumento central na circulação de mercadorias e vale-se da igualdade formal como mecanismo de expansão dos seus efeitos, a abstração das desigualdades sociais perpetrada pela sistemática germânica, manifestada em especial na figura do negócio jurídico, atenderá perfeitamente a essas pretensões, como demonstra Enzo ROPPO:

Já se viu a importância que tinha, no ordenamento de uma sociedade capitalista, afirmara a igualdade formal dos sujeitos, em particular dos sujeitos envolvidos em operação de troca, dos sujeitos contratantes, ocultando as suas diferenças de classe: esta finalidade, nenhum instrumento podia servir melhor que o negócio, que, abstraindo ao máximo – até mais do que o contrato – dos sujeitos reais e das operações econômicas reais (que também assimilava actos tipicamente não

direitos civis, humanismo em contrapartida ausente da ‘científica’ e despersonalizadora sistematização germânica”.

¹²⁸ GOMES, O. **Ob. cit.**, p. 3.

¹²⁹ GOMES, O. *Idem*, p. 4.

econômicos, como o matrimônio e os outros ‘negócios familiares’) conseguia justamente operar o máximo de unificação e igualização formal dos sujeitos jurídicos.¹³⁰

O individualismo, expressado juridicamente na figura do negócio jurídico, dará os contornos finais das características principais da teoria contratual tradicional. O universo contratual reduz-se à vontade das partes abstratamente consideradas, de modo que sua concepção, seu nascimento, sua interpretação e, em especial, sua vinculatividade serão explicados à luz da vontade individual:

Resumindo, portanto, tratava-se de introduzir formas jurídico-políticas e dispositivos técnicos capazes de garantir uma organização econômica autogestiva pelos membros livres da sociedade civil, atribuindo ao poder político somente a função de garantir o livre jogo do mercado. Então, para realizar estas exigências, isto é, a generalização das relações de troca e a mobilidade social, foi necessário uma máxima abstração das figuras jurídicas, um máximo esforço de abstração operado sobre a realidade multiforme por parte das categorias jurídicas e normativas: abstração das condições subjetivas e particulares, abstração do objeto da relação, de cada determinação do objeto da relação. Particularmente é necessário criar uma figura geral que exprima a posição do particular frente à lei, enquanto potencial destinatário do inteiro ordenamento jurídico: o sujeito moderno é, de fato, um sujeito igual (todos os homens são iguais perante a lei), no sentido que cada um tem do ponto de vista do direito a mesma abstrata atitude a fazer parte de uma relação jurídica qualquer (pode ser, isto é, adquirente, alienante, credor, devedor, etc.). A esta figura do sujeito igual e geral deve corresponder um análogo instrumento geral de manifestação da vontade necessária a constituir (modificar ou extinguir) as relações jurídicas, uma figura geral idônea a abranger todas as relações entre consortes: o ‘negócio jurídico’, o contrato na tradição francesa (a figura geral do contrato e do livre acordo da vontade individual) é justamente esta abstração. O negócio jurídico transforma simples declarações de vontade dirigidas a um escopo prático tutelado pelo ordenamento. Não conta mais a qualidade do sujeito: se pertence ou não a uma determinada classe, se é rico ou se é pobre; é precisamente o sujeito abstrato que corresponde a abstração da troca; não contam mais os valores de uso, mas somente o parâmetro da troca, a equivalência das mercadorias.¹³¹

130

ROPPO, E. **Ob. cit.**, p. 51.

131

BARCELLONA, P., **Diritto privato...**, p. 85-86. Tradução livre de: “*Riassumendo, dunque, si trattava di introdurre forme giuridico-politiche e dispositivi tecnici di garantire una organizzazione economica autogestiva dai membri liberi della società civile, attribuendo al potere politico solo la funzione di garantire il libero gioco di mercato. Orbene, per realizzare queste esigenze, cioè la generalizzazione dei rapporti di scambio e la mobilità sociale, è necessaria una massima astrazione delle figure giuridiche, un massimo sforzo di astrazione operato sulla realtà multiforme da parte delle categorie giuridiche e normative: astrazione dalle condizioni soggettive e particolari, astrazione dall’oggetto del rapporto, da ogni determinazione dell’oggetto del rapporto. In particolare è necessario creare una figura generale che esprima la posizione del singolo di fronte alla legge, in quanto potenziale destinatario dell’intero ordinamento giuridico: il soggetto moderno è, infatti, un soggetto eguale (tutti gli uomini sono eguali davanti alla legge), nel senso che ciascuno a dal punto di vista del diritto la medesima astratta attitudine a far parte di un qualsiasi rapporto giuridico (può essere, cioè, acquirente, alienante, creditore, debitore, ecc.). A questa figura del soggetto giuridico eguale e generale deve corrispondere un analogo strumento generale di manifestazione della volontà necessaria a costituire (modificare o estinguere) i rapporti giuridici, una figura generale idonea ad abbracciare tutti i rapporti tra consociati: il ‘negozio giuridico’, il contratto nella tradizione francese (la figura generale del contratto e del libero accordo della volontà individuale), è proprio questa astrazione. Il negozio giuridico diventa semplice dichiarazione di volontà rivolta ad uno scopo pratico, tutelato dall’ordinamento. Non*

É em torno do elemento subjetivo (mais precisamente a declaração volitiva livre de um sujeito de direito¹³²) que os princípios contratuais clássicos explicam-se e passam a ter sentido: liberdade contratual exteriorizada em uma livre manifestação de vontade – autonomia privada – que, encontrando-se com outra vontade livre, consensualismo, gera a absoluta obrigatoriedade do que se convencionou – *pacta sunt servanda*, efeitos contratuais por sua vez reduzidos a quem efetivamente participou da relação contratual (ou seja, manifestou sua vontade livremente) – relatividade dos contratos¹³³.

Essa áurea em torno da vontade individual influenciará detidamente a problemática da revisão contratual.¹³⁴ Não é à toa que as primeiras teorias que buscaram explicá-la são classificadas como subjetivas, não somente por partirem do elemento volitivo, mas principalmente por visarem, como se verá futuramente, preservar a intenção dos contratantes em razão de alterações de circunstâncias externas ao contrato ocorridas posteriormente à contratação.

O papel desempenhado pela exaltação da vontade individual no trato da revisão contratual compele a aprofundar a análise da questão da compreensão do

conta più la qualità del soggetto: se appartiene o no ad una certa classe, se è ricco o se è povero; è appunto il soggetto astratto che corrisponde alla astrazione dello scambio; non contano più i valori d'uso, ma solo il parámetro dello scambio, l'equivalenza delle merci."

¹³² “Foi o triunfo definitivo sobre o arraigado individualismo do século XIX que então contaminou todos os Códigos latinos. Teve por berço a Revolução Francesa que foi a suma exaltação da personalidade humana expressa na divisa republicana ‘a liberte, la égalité et la fraternité’. Sua raiz filosófica vem do Iluminismo Racionalista em que o papel do Estado era apenas o de velar pela coexistência das liberdades públicas. O princípio automista da vontade era bem a chave da escola individualista e o contrato segundo Radulesco (*Abus des Droit em matière contractuelle*), a chave da coesão social”. (SERPA LOPES, M. M. de. **Ob. cit.**, p. 36).

¹³³ “La teoría del contrato fue asentada tradicionalmente sobre cuatro pilares básicos: el consensualismo, la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de lo convenido, y el efecto relativo.” (ALTERINI, Atilio Aníbal. **Contratos**: civiles – comerciales – de consumo: teoría general, p. 20). Tradução livre: “A teoria do contrato foi assentada sobre quatro pilares básicos: o consensualismo, a autonomia da vontade, a força obrigatória do acertado, e seu efeito relativo”.

¹³⁴ “Na teoria clássica, todo o edifício do contrato assenta na vontade individual, que é razão de ser de uma força obrigatória. As partes não se vinculam senão porque assim o quiseram e o papel da lei resume-se em consagrar esse entendimento. Nada pode o juiz ante essa vontade soberana; a sua função limita-se a assegurar-lhe o respeito, na proporção da inexistência de qualquer vício de consentimento ou de qualquer vulneração às regras de ordem pública”. Dessa forma, “concluído o contrato é ele intangível, a menos que as próprias partes contratantes o rescindam voluntariamente”. (SERPA LOPES, M. M. de. **Ob. cit.**, p. 33).

universo contratual à luz do elemento volitivo. Mais precisamente, é necessário buscar os fundamentos da legitimação da obediência irrestrita ao conteúdo do pacto, forjado pela vontade das partes (por intermédio do consenso), fator-chave que impediu o desenvolvimento de uma tendência revisionista no âmbito dos contratos (obstaculizando de maneira decisiva a adoção da revisão dos contratos nas legislações civis e influenciando detidamente as decisões jurisprudenciais). Nesse particular, a contribuição de Immanuel Kant foi enorme.

2.2 A influência da ética kantiana na teoria contratual: a valorização ético-jurídica do cumprimento irrestrito do conteúdo contratual

Como observa DURANT, “nunca um sistema de pensamento dominou tanto uma época como a filosofia de Immanuel Kant dominou o pensamento do século XIX”.¹³⁵ Com efeito, a obra do filósofo de Königsberg influenciou detidamente todo o campo do saber da era moderna: revolucionou a teoria do conhecimento¹³⁶, separou de forma clara e detida a esfera jurídica da esfera moral, concebeu uma noção de sistema marcante (que, como já ressaltado, foi apropriada pelos jusfilósofos alemães e marcou todo o pensamento jurídico tedesco¹³⁷) e possibilitou,

¹³⁵ DURANT, Will. **A história da filosofia**, p. 245.

¹³⁶ Kant estatuiu uma completa revolução na teoria do conhecimento, construindo o sujeito transcendental, epistêmico (enfim, moderno), como explica Ricardo Marcelo FONSECA: “É na sua *Crítica da Razão Pura*, de 1781, que *Kant* empreende a sua filosofia transcendental, ou seja, a investigação que ‘em geral se ocupa menos dos objetos, do que do modo de os conhecer’. E é aqui (no problema de como conhecer o mundo) que ele opera uma verdadeira ‘revolução copernicana’ na filosofia, moldando a idéia da subjetividade cognitiva. Assim, se *Copérnico* inverteu o modelo de cosmo tradicional segundo o qual o sol girava em torno da terra, *Kant* aduziu que não é o sujeito que se origina pelo objeto, mas é o objeto que é determinado pelo sujeito, ou, dito de outro modo, em vez da faculdade de conhecer ser regulada pelo objeto, é na verdade o objeto que é regulado pela faculdade de conhecer”. (FONSECA, R. M. **Modernidade...**, p. 61-62).

¹³⁷ Como ressalta GUERRA FILHO, a Escola Histórica “terminou por contribuir menos para o estudo histórico do Direito do que para a construção de uma sistematização conceitual, iniciada já pelo juracionalismo, tendo como base a civilística do direito comum europeu”, consubstanciando metodologia que privilegia o completo isolamento do material jurídico: “No plano epistemológico, seguindo a orientação do programa de Savigny, Puchta propõe a chamada ‘jurisprudência (=ciência jurídica) dos conceitos’, legitimando a dedução de normas e a construção do Direito, desenvolvendo conceitos por uma lógica imanente ao sistema jurídico. Windscheid, o expoente

por meio das premissas epistemológicas que elaborou, o desenvolvimento de uma série de linhas metodológicas no âmbito jurídico¹³⁸.

Obviamente que a análise do pensamento kantiano de uma forma global foge completamente do recorte temático deste trabalho. O que interessa aos objetivos aqui propostos diz respeito à influência de sua doutrina no espaço jurídico, em especial as suas reflexões no campo da ética que serão aproveitadas pela teoria contratual e contribuirão para a construção de uma armadura ético-jurídica em torno do contrato de modo a torná-lo intangível, imodificável a não ser pela vontade das partes. Mas, para cumprir tal intento, é imprescindível debruçar-se, ainda que de forma simples, sobre toda a estrutura do pensamento kantiano, em especial sobre a crítica por ele desenvolvida no campo do conhecimento. Kant estabelece na teoria do conhecimento as premissas fundamentais de toda sua obra intelectual e somente a partir da análise dessas noções básicas de seu pensamento será possível compreender a sua contribuição no campo da ética e a sua influência marcante na seara jurídica.

Criticar não significa destruir, mas expor as potencialidades e as limitações daquilo que se critica. Kant, assim, não atacou à razão, mas a exaltou acima do conhecimento impuro dado pelos sentidos. Purificou a razão ao torná-la independente de todo e qualquer dado empírico¹³⁹. Com isso apresentou verdadeira revolução no campo do pensamento, pois inverteu a relação sujeito-objeto. Para KANT, o sujeito condiciona o objeto por deter verdades existentes antes da

máximo da pandectística, por seu turno, defendia a aplicação do Direito utilizando elementos exclusivamente jurídicos, com a separação de outros quaisquer, de ordem política, econômica, ética, etc. Eis a idéia central do positivismo jurídico, a qual remonta à rigora diferenciação operada por Kant entre as ordens moral e jurídica, donde resulta o formalismo como princípio retor da prática científica” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**, p. 32-33).

¹³⁸ “As concepções de KANT influenciaram poderosamente o pensamento jurídico posterior, abrindo caminho para o florescimento de diversas escolas jurídicas neokantianas, quer racionalistas (STAMMLER, DEL VECCHIO etc.), quer positivistas (KELSEN, COSSIO e outros). Sua máxima moral, segundo o qual ‘o homem não deve ser submetido senão às leis que a si mesmo se dá’, está impregnado de forte cunho liberalista, bastante característico da ideologia que preparou o terreno para a revolução burguesa no Séc. XVIII. Mas ela não significa que cada indivíduo elabore suas leis, mas que as torne próprias, ‘em razão de uma identificação absoluta entre a vontade pura e o enunciado da regra moral’ (MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**, p. 137-138).

¹³⁹ PASCAL, Georges. **O pensamento de Kant**, p. 31.

experiência – verdades “a priori”. Nesse entendimento, a mente, ao contrário do que se falava, não é um espaço em branco preenchido pelas sensações e experiências, e sim um órgão que molda, coordena e transforma essas sensações em idéias, ordenando o caos. Esse poder de transformar o caos das sensações em um feixe organizado de pensamento é que faz do homem um ser racional e, portanto, diferenciado¹⁴⁰.

Evidencia-se, então, a primeira grande característica do pensamento kantiano: o sujeito reflexivo, transcendental. A relação passa do objeto para o sujeito, em que a matéria é amoldada em formas “a priori”: o conhecimento é dado pelo sujeito e vem antes da experiência. Daí o caráter transcendental: o conhecimento não se ocupa exclusivamente do objeto, mas principalmente dos conceitos “a priori” dos objetos.¹⁴¹

No processo de conhecimento, primeiro há a coordenação das sensações aplicando a elas as formas de percepção – espaço e tempo. Em segundo, há a coordenação das percepções, aplicando as formas de concepção – as categorias de pensamento, alcançando-se o conhecimento. Por fim, busca-se a alta unidade do princípios. Tais estágios são, respectivamente, a estética transcendental, a analítica ou lógica transcendental e a dialética transcendental.

Esse processo é todo permeado por juízos “a priori”: as sensações são organizadas pelas percepções, por meio das formas tempo e espaço; as percepções, por sua vez, são coordenadas pelas categorias; as categorias levam ao conhecimento,

¹⁴⁰ DURANT, W. **Ob. cit.**, p. 256-257: “Porque a mente do homem (e aqui, afinal, está a grande tese de Kant) não é um cera passiva na qual a experiência e a sensação escrevem sua vontade absoluta e, no entanto, caprichosa; tampouco se trata de um mero nome abstrato para a série ou o grupo de estados mentais; é um órgão ativo que molda e coordena sensações, transformando-as em idéias, um órgão que transforma a caótica multiplicidade da experiência na unidade ordenada de pensamento”.

¹⁴¹ PASCAL, G. **Ob. cit.**, p. 36: “Como se vê, a revolução copernicana de Kant é a substituição, em teoria do conhecimento, de uma hipótese idealista à hipótese realista. O realismo admite uma realidade nos dada, quer seja de ordem sensível (para os empiristas) ou de ordem racional (para os racionalistas), e que o nosso conhecimento deve moldar-se sobre essa realidade. Conhecer, nessa hipótese, consiste simplesmente em registrar o real, e o espírito, nesta operação, pe meramente passivo. O idealismo, supõe, ao contrário, que o espírito intervém ativamente na elaboração do conhecimento, e que o real, para nós, é resultado de uma construção. O objeto, tal como o conhecemos, é, em parte, obra nossa e, por conseguinte, podemos conhecer *a priori*, em relação a todo o objeto, os característicos que ele recebe de nossa própria faculdade cognitiva”.

que reordenado unitariamente chega aos princípios, esplendor da razão pura. Tempo, espaço, categorias e princípios são dados pelo sujeito, aprioristicamente¹⁴², moldando o objeto a partir do sujeito do conhecimento.¹⁴³

Da formatação do objeto pelo sujeito deriva a impossibilidade de se conhecer as “coisas em si mesmas” (pois o que se conhece sempre será em relação ao sujeito cognoscente). A partir dessa impossibilidade KANT limita a metafísica, negando-lha caráter científico. O conhecimento nunca poderá ultrapassar os limites da experiência. O sujeito condiciona o objeto e por isso está limitado a ele (daí se dizer que o sujeito não é independente do objeto)¹⁴⁴. Assim, a fé religiosa jamais pode ser explicada pela razão. Da mesma forma as antinomias são dilemas insolúveis porque extrapolam os limites da experiência: decidir se o espaço é finito ou infinito leva ao dilema de se estipular algo mais a qualquer limite, interminavelmente; no entanto, a infinidade é inconcebível. Em suma: não se pode conceber a eternidade; o inconcebível excede a experiência e por isso não poder ser compreendido. O tempo e o espaço (caracterizado nas antinomias) não são coisas externas e sim modos de interpretação e função. Ao último estágio de conhecimento – dialética transcendental – cabe a função de examinar a validade dessas tentativas de fuga da razão do limitante mundo sensorial.¹⁴⁵

A independência do empírico, ou a purificação da razão, será a base da moral kantiana. Todo o conteúdo material da ética foi relegado a sentimentos

¹⁴² Tratam-se mais precisamente de *juízos sintéticos a priori*, ou seja, aqueles juízos que, além do predicado acrescentar algo ao conceito do sujeito, detém a característica de universalidade e necessidade: “Todo juízo de experiência é sintético, porque a experiência nos ensina a acrescentar certos atributos aos nossos conceitos, por exemplo, o peso ao conceito de corpo. Os juízos analíticos, ao invés, são *a priori*, pois não há nenhuma necessidade de recorrer à experiência para determinar o que penso num dado conceito. Mas a grande descoberta de Kant, a que confere todo o seu alcance à sua ‘revolução copernicana’, é a da existência de uma terceira classe de juízos, os juízos sintéticos *a priori*. Estes são universais e necessários, como os juízos analíticos, mas, além disso, nos permitem ampliar os nossos conhecimentos, enquanto os juízos analíticos apenas podem explicá-los ou esclarece-los”. (PASCAL, G. *Idem*, p. 38-39).

¹⁴³ DURANT, W. **Ob. cit.**, p. 260.

¹⁴⁴ FONSECA, R. M. **Modernidade...**, p. 62: “O ‘eu penso’ de Kant não é anterior as experiências da consciência, mas é precisamente o que lhes dá unidade e não pode ser considerado independentemente delas”.

¹⁴⁵ FONSECA, R. M. *Idem*, p. 262.

irracionais¹⁴⁶. Kant, assim, singulariza-se como o filósofo que rompeu com os fundamentos éticos da antiguidade. Ao “purificar” a ética, distanciou-a dos desejos e finalidades pessoais. Ao contrário do que escrevia Aristóteles – ética baseada em virtudes, visando sempre à felicidade – Kant abstrai a moral de qualquer valor pessoal, posto que tais valores levariam o homem ao egoísmo e retirariam o caráter universal que a ética deve ter.¹⁴⁷

A moral, portanto, deve ser despida de qualquer sentimentalismo. Somente com a abstração dos desejos pessoais será alcançada uma verdadeira ética universal, obtida a partir da razão. O conteúdo da ação significaria a busca de finalidades pessoais (agir para obter algo, ainda que a atitude seja de acordo com as regras sociais), contrariando a verdadeira moral, que deve estar liberta dos desejos pessoais.¹⁴⁸

Kant, para explicitar essa noção puramente formal da ética, parte da noção de “vontade boa” para alcançar o sentimento puro (e, portanto, formal) de “dever”. Faz a distinção entre agir “com dever” e agir “por dever”. Aquele que age “com dever” cumpre um preceito visando conseguir algo (ou seja, satisfazer um desejo pessoal), e o que age “por dever” o faz puramente, sem qualquer finalidade pessoal

¹⁴⁶ KANT inicia sua exposição sobre moral com a célebre constatação sobre a “vontade boa”. Daí, então, resta a pergunta óbvia: “Mas o que, afinal, torna uma vontade boa? Não, certamente, seus êxitos, nem a aptidão para levar a bom termo os seus propósitos: é a própria natureza do querer”. (PASCAL, G. **Ob. cit.**, p. 112).

¹⁴⁷ PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**, p. 54: “A revolução kantiana, partindo do campo científico e filosófico, envolveu também o espaço ético. Kant é verdadeiramente um marco central na história da ética: por um lado, representa um ponto de chegada de um movimento que remonta ao fim da Idade Média, segundo o qual a ética consiste num equilíbrio entre lei e liberdade; por outro, ele é o lugar de referência da reflexão ética posterior. Desde os gregos, a ética fundou-se na ordem natural (cósmica e humana). Sem o conceito de natureza em geral e natureza humana finalizada, em particular, não existiriam os tratados da *Ética* e da *Política* de Aristóteles e a ética medieval (sobretudo tomista) sem as noções de natureza e revelação que apontam para uma mesma e suprema finalidade humana: a felicidade (temporal para o grego, eterna para o cristão) seria impensável. Kant rompe exatamente esses fundamentos e erige a autonomia da vontade (liberdade) como base inabalável da moralidade. A vontade livre e autolegislativa confere a si mesma a norma do agir temporal”.

¹⁴⁸ Para Kant, “temos de encontrar uma ética universal e necessária; princípios de moral, tão absolutos e certos quanto a matemática, temos que mostrar que ‘a razão pura pode ser prática; isto é, pode, por si só, determinar a vontade, independentemente de qualquer coisa empírica’, que o senso moral é inato, e não derivado da experiência.” (DURANT, W. **Ob. cit.**, p. 263-264).

(e, desse modo, faz um sacrifício em nome da moralidade). Alcança-se a verdadeira moral com a retidão da atitude pura, desprovida de qualquer sentimento pessoal.¹⁴⁹

Assim, Kant pode ser visto como filósofo das normas (o cumprimento do dever pelo dever). A ética kantiana significa, portanto, em um primeiro momento a abstração material (inclusive da felicidade) e em um segundo momento a busca de uma máxima transcendental (acima de qualquer experiência). A liberdade, então, passa a ser o valor fundamental. A vontade é a faculdade que dá ao homem o poder de auto-regrar-se. Trata-se da autonomia autolegislativa da vontade.¹⁵⁰

A partir da liberdade o ser humano alcança o infinito. Os sentimentos são particulares e caracterizam o humano como ser finito. A liberdade, expressada pela vontade, abstrai esse materialismo e eleva o ser a uma dimensão verdadeiramente moral, isso tudo por meio da razão.

Kant construiu desse modo todo o seu pensamento em torno do valor, que para ele era fundamental e universal, *liberdade*. A moral, para Kant, deriva justamente desse atributo inerente ao indivíduo de ser *livre*, ou seja, de adequar-se às leis da razão proveniente da consciência interna de cada um¹⁵¹. Além dessa concepção interna da moral, Kant delineou outra característica da ética que repercutiu na configuração clássica da teoria contratual: a abstração, no sentido de

¹⁴⁹ "Kant de saída descarta as ações contrárias ao dever. Só considera as ações 'conforme o dever'. São ações corretas externamente; faz-se o que deve ser feito. Por exemplo: o comerciante que não sobe os preços diante de uma pessoa desinformada. São também ações legais. No entanto, não necessariamente são ações morais ou têm conteúdo moral. Uma ação conforme o dever pode ser 'por dever' (o móvel é o dever) e por inclinação, por interesse. Só uma ação 'por dever' tem valor moral". (WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano**, p. 28).

¹⁵⁰ "As ações morais não podem ser determinadas por seus objetos, dada sua enorme variedade e variabilidade, mas por seus motivos ou princípios. A única possibilidade para não cair num relativismo total é a obediência a uma lei que é a mesma para todos. Ou seja, o que pode determinar a vontade é a parte formal da lei (para usar a terminologia de Paton) e não a parte material". (WEBER, T. *Idem*, p. 55).

¹⁵¹ Dentre os critérios de distinção entre moral e direito, KANT estabelece a diferenciação entre "liberdade moral" e "liberdade jurídica", que dará substrato teórico às concepções individualistas: "Por 'liberdade moral' deve ser entendida, segundo Kant, a faculdade de adequação às leis que a nossa razão dá a nós mesmos; por 'liberdade jurídica', a faculdade de agir no mundo externo, não sendo impedidos pela liberdade igual dos demais seres humanos, livres como eu, interna e externamente" (BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**, p. 58).

que a moral deve despir-se de todo e qualquer valor empírico (a verdadeira moral é a liberta dos desejos pessoais).

Essa abstração é claramente evidenciada na separação que o filósofo faz entre Direito e moral. Ação moral, para Kant, é a que não é cumprida em respeito a um interesse material, mas somente para obedecer à lei do dever, pela máxima que a determina (ou seja, unicamente pelo princípio da vontade); a única inclinação que motiva o agir moral é o respeito ao dever, sendo excluído todo e qualquer impulso subjetivo. Tem-se a legalidade quando a atitude é em conformidade com o dever, o que difere da pura obediência ao dever. Repete-se aqui a distinção entre ação “com dever” (que visa à satisfação de algum interesse) da ação “por dever” (que é o cumprimento incondicional do dever, ou seja, o ato moral). Tal diferenciação leva à outra (que pode ser considerado um desdobramento do primeiro critério kantiano de distinção entre Direito e moral), entre legislação interna e legislação externa: a ação legal é externa porque adere a um dever exterior (correspondente a uma norma legal), independente da intenção com a qual é cumprida; a legislação moral é interna por se traduzir em uma adesão íntima às suas próprias leis, uma adesão dada com intenção pura, com convicção de bondade.

A diferenciação entre direito e moral também se dá por consideração à liberdade e à responsabilidade: na liberdade moral, a responsabilidade do ato dá-se perante nós mesmos, ao passo que a jurídica enseja responsabilidade perante os outros, especialmente à coletividade; aqui levam-se em conta os outros como sujeitos que exigem de mim o cumprimento da ação, enquanto na moral os outros são mera referência da ação (note-se que tal ordem de idéias harmoniza-se perfeitamente com a base da distinção moderna entre o mundo moral e o mundo jurídico).

Além desses dois critérios, a distinção entre moral e Direito se dará por outras duas maneiras implícitas: a diferença entre autonomia e heteronomia e entre imperativos categóricos e hipotéticos. Autonomia é a faculdade de dar leis a si mesmo (justamente porque a moral só obedece à lei moral, não sendo influenciada por inclinações pessoais). Heteronomia é a antítese da autonomia: a vontade não dá

leis a si mesma, e sim o objeto é que confere leis à vontade. E o objeto, ao condicionar a vontade, retira-lhe a qualidade moral.

A importância da distinção é evidente: todos os sistemas morais que colocaram fins (como felicidade, perfeição) são ilegítimos por não entenderem o caráter autêntico da moralidade. Toda lei das condutas humanas (objeto da metafísica dos costumes) traduz ordens, o que a diferencia das leis naturais, que são necessárias. As leis naturais, assim, são descritivas, ao passo que os costumes são prescritivos (devem ser). As leis das condutas humanas, então, são regidas por preceitos, que podem ser de duas ordens: hipotéticos ou categóricos. Os primeiros prescrevem uma ação boa visando a certo fim (como “para evitar ser condenado por furto, não deve subtrair coisa alheia”); os segundos refletem uma ação boa em si mesmo, independente de qualquer finalidade (“você não deve roubar”). A moral, por estar isenta de qualquer sentimentalismo, só é regida por imperativos categóricos. O Direito, por sua vez, visa ao fim (a não aplicação da sanção), e, portanto, é hipotético (traduzido na fórmula, por exemplo, “se não quer ser condenado por falsidade, você não deve mentir”).¹⁵²

Com base nas diferenciações entre Direito e Moral, pode-se alcançar a concepção de Direito kantiana, cujo conteúdo parte da premissa do não empirismo, ou seja, não se pode extrair do Direito positivo a definição do Direito. Kant não trabalha o problema da validade do Direito e sim o do valor do Direito, que somente pode ser enfrentado com o abandono do terreno empírico e o conseqüente retorno ao fundamento de qualquer Direito empírico, isto é, a volta à razão pura. Sua tarefa, então, é a de justificar “os principais institutos jurídicos a partir de alguns princípios racionais *a priori*, ou postulados, de maneira que sua doutrina do direito pode muito bem ser designada como uma dedução transcendental do direito e dos institutos jurídicos fundamentais, a partir dos postulados da razão pura prática”¹⁵³ (daí o pensamento de Kant servir de base teórica da racionalidade jurídica do século XIX,

¹⁵² BOBBIO, N. *Idem*, p. 64.

¹⁵³ BOBBIO, N. *Idem*, p. 69.

principalmente na Alemanha com o desenvolvimento da jurisprudência dos conceitos).

A partir dessa concepção moral de “liberdade interna” e abstrata, Kant chega ao conceito de autonomia, ou seja, “a faculdade de dar leis a si mesmo”.¹⁵⁴ Com efeito, se a moral é proveniente de uma consciência interna desprovida de qualquer paixão, como assevera Norberto BOBBIO, “é certo que a vontade moral é por excelência uma vontade autônoma”.¹⁵⁵ Kant, ao tratar da ética, constrói os conceitos que sedimentariam teoricamente a doutrina da autonomia da vontade: o indivíduo livre que tem sua liberdade limitada única e exclusivamente por sua vontade.

Essa noção de liberdade e soberania da vontade fica ainda mais evidenciada no momento em que Kant trabalha com a noção de direito pessoal, denominado por ele “posse do arbítrio de um outro”.¹⁵⁶ Para o filósofo prussiano, a aquisição de direito pessoal, que pressupõe a relação entre indivíduos livres e iguais (iguais justamente porque são livres, ou seja, *formalmente* iguais), somente pode ocorrer por meio de um “*acordo de vontades*”, sob pena de ter-se uma invasão no arbítrio do outro¹⁵⁷. Os bens somente podem trafegar, ou “derivar” de um indivíduo a outro por este acordo de vontades, ato este em “que um objeto pertence por um momento a ambos ao mesmo tempo”. Essa simultaneidade temporal somente pode ser deduzida *racionalmente*, renunciando completamente à experiência:

A transferência mediante contrato do que é meu ocorre de acordo com a lei da continuidade (*lex continui*), isto é, a posse do objeto não é interrompida por um momento durante esse ato, pois de outra maneira eu adquiriria, nesta condição, um objeto como alguma coisa carente de possuidor (*res vácu*a), e daí o adquiriria originalmente, o que contradiz o conceito de contrato. Devido a essa continuidade, entretanto, aquilo que transfere o que é meu ao outro não é uma das duas vontades separadas (*promittentis et acceptantis*), mas sua vontade unida. Assim, a transferência não ocorre de tal maneira que o promitente primeiramente cede (*derelinquit*) sua posse a favor da vantagem do outro, ou renuncia (*renunciat*) ao seu direito e o outro imediatamente o assume, ou o contrário. A transferência é, portanto, um ato no qual um objeto pertence, por *um momento*, a ambos conjuntamente, tal como quando uma pedra que foi atirada atinge o ápice de sua trajetória

¹⁵⁴ BOBBIO, N. *Idem*, p. 62.

¹⁵⁵ BOBBIO, N. *Idem*, *ibidem*.

¹⁵⁶ BOBBIO, N. *Idem*, p. 108.

¹⁵⁷ BOBBIO, N. *Idem*, p. 109.

parabólica, pode ser considerada, por apenas um momento, simultaneamente em ascensão e em queda, e assim primeiro passando de seu movimento ascendente para a sua queda¹⁵⁸.

A estipulação de princípios “a priori” (distanciados, portanto, de qualquer materialidade) atenderá perfeitamente aos interesses político-econômicos da época. A doutrina kantiana dará o fundamento teórico à abstração necessária para consolidação do contrato como grande mecanismo de consolidação do sistema econômico capitalista. A obrigação contratual, assim, somente poderá ser originada a partir da manifestação da vontade individual *livre*, liberdade essa que, racionalmente, por si só legitima a vinculatividade do pacto. O conceito de liberdade kantiano é puramente racional e o *fundamento da obrigatoriedade do contrato* é, para o filósofo prussiano, um *imperativo categórico*, próprio de um dever ético e derivado da autonomia, que não necessita de comprovação ou demonstração empírica (já que construído à luz da razão pura):

A questão era: por que *devo* manter minha promessa?... pois que *devo* mantê-la todos facilmente compreendem. Mas é absolutamente impossível fornecer uma prova deste imperativo categórico, tal como é impossível a um geômetra provar, por meio de inferências baseadas exclusivamente em silogismos, que para construir um triângulo ele tem que tomar três linhas (uma proposição analítica), duas das quais juntas têm que ser maiores do que a terceira (uma proposição sintética, mas sendo ambas as proposições *a priori*). Que eu devo manter minha promessa é um postulado da razão pura (pura como abstraindo de todas as condições sensíveis de espaço e tempo no que concerne ao conceito de direito)¹⁵⁹.

O contrato, então, passa a ser revestido de uma aura ético-jurídica que o torna absolutamente intangível¹⁶⁰. Somente pode ser modificado pelo livre consenso entre as partes. Essa ordem de idéias servirá como base de interpretação e compreensão do princípio do *pacta sunt servanda*, estabelecendo como grande marco da justiça contratual o estrito cumprimento do pacto. A vontade individual e

¹⁵⁸ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**, p. 119.

¹⁵⁹ KANT, I. *Idem*, p. 118.

¹⁶⁰ “Para Emmanuel Kant, a força obrigatória do contrato seria um postulado da razão, algo axiomático, evidente, não havendo, pois, necessidade de se buscar o seu fundamento em elementos estranhos ou anteriores” (NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v. 3: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35).

as suas conseqüências, assim, esgotarão todo o universo contratual, como se verá a seguir.

2.3 A armadura ética e jurídica em torno do contrato: a superlativização do princípio da obrigatoriedade dos contratos como substrato da justiça contratual

Toda a construção da teoria contratual moderna aproveita-se do material teórico exposto para revestir o contrato de uma “áurea”, uma verdadeira armadura ético-jurídica que impede qualquer circunstância, externa ou propiciada por um dos contratantes, de atingi-lo. O que marcará definitivamente o contrato moderno será sua absoluta vinculatividade, aquilo que comumente se denomina “intangibilidade contratual”.

A influência do personalismo ético kantiano revestiu o contrato com uma própria moralidade. Contratar, para os postulados kantianos, é, simultaneamente, um exercício de liberdade e um dever absoluto, inexorável¹⁶¹. Mais do que isso, o contrato representa a própria feição da justiça. Nesse contexto, compreende-se com facilidade a já mencionada e precisa (sintética e cheia de significados) afirmação de Fouillée: “quem se diz contratante, se diz justo”.¹⁶²

Nessa ordem de idéias, em que não há como se cometer injustiças contra si próprio, o contrato, por si só, era a fonte de justiça suprema. Como explica Rosalise Pinheiro FIDALGO,

¹⁶¹ NALIN, P. *Ob. cit.*, p. 106-107: “Nesse momento, ganha força a opinião de KANT, que coloca o elemento volitivo no centro de todas as relações jurídicas privadas. Não era o Estado o grande fomentador das relações contratuais, mas o próprio homem, revestido do direito subjetivo absoluto, pois natural, de liberdade, sempre tendo como pressuposto formal a igualdade de seus pares. Ao Estado cabia tão somente a fiscalização dos atos praticados pelos indivíduos, objetivando preservar tais direitos subjetivos plenos, não cabendo a intervenção nesta seara individual.”

¹⁶² *Apud* NALIN, P. *Idem*, p. 109.

é sob a influência da ética kantiana que a expressão autonomia da vontade encontra seu maior significado. Trata-se da ética autônoma fundada por Kant; sua moralidade fundamenta-se na vontade racional pura, destituída de condicionamentos externos. Ela inspira-se na razão e revela o homem considerado como fim em si mesmo e não como um meio. Trata-se de conferir valor e dignidade ao homem, em si próprio, impedindo-o de submeter-se a outras leis, senão aquelas que lhe dê a si mesmo. Tais idéias reveladas pelo ‘personalismo ético’ de Kant, somadas à concepção herdada do jusracionalismo de que o homem é livre, vão caracterizar a soberania à vontade individual. Isto quer dizer que esta é a única fonte de toda a obrigação jurídica, delineando-se, assim, os quadrantes da autonomia da vontade. A partir desta formulação, também ficam esgotadas as possibilidades de injustiça, pois esta torna-se impossível de ocorrer, à medida que o homem decide-se por si mesmo. A tal aceção, encontra-se ligada a idéia de que toda a justiça provém do contrato, o que não poderia ser mais adequado à doutrina econômica liberal, pois ‘quem diz contratual, diz justo’.¹⁶³

O individualismo e o formalismo kantiano farão a combinação ideal que alçará a obrigatoriedade contratual a termos absolutos. A própria concepção do Direito para Kant – como relação *formal* entre dois arbítrios, isto é, independente de aspectos materiais – acarretará uma valoração estrita do *pacta sunt servanda*, independentemente da realidade subjacente. Com efeito, a visão kantiana do Direito considera preceitos jurídicos como uma realidade em si mesmo (daí a sua doutrina constituir o fundamento teórico do formalismo jurídico):

Kant quer dizer que o direito, na regulação de uma relação entre arbítrios, não se preocupa em estabelecer quais sejam os fins individuais, utilitários, que os dois sujeitos pretendem, os *interesses* que estão em pauta, mas somente em prescrever a forma, ou seja, as modalidades através das quais aquele fim deve ser alcançado e aqueles interesses regulados. Para seguir o exemplo de Kant, quando o direito estabelece as regras do contrato de compra e venda, não se preocupa com a vantagem e a desvantagem que vendedor ou comprador possam ter no cumprimento, mas somente com as condições formais com base nas quais deverá ser cumprido. Dando um outro exemplo, quando o direito regula a instituição do casamento, não estabelece nem com quem eu devo casar nem quais são os fins individuais que eu possa propor-me a alcançar por meio do casamento; limita-se a fixar as modalidades por meio das quais torna-se possível a atuação das minhas intenções.¹⁶⁴

Tal ordem de idéias foi levada ao extremo quando da concepção da teoria contratual moderna. Visando atender aos interesses “revolucionários” (no sentido de completa transformação de idéias, objetivos e interesses, formatando assim uma nova visão de mundo), procedeu-se a uma extrema valorização do pacto, tido como

¹⁶³ PINHEIRO, R. F. **Ob. cit.**, p. 392-393.

¹⁶⁴ BOBBIO, N. **Ob. cit.**, p. 69-70.

“lei entre as partes”¹⁶⁵. Tratava-se de consolidar uma premissa fundamental da teoria jurídica moderna: a de *segurança jurídica*¹⁶⁶ como base legitimadora da *justiça*. Tal característica é perfeitamente identificável na transição entre a era medieval e a era moderna no que concerne à concepção de lei.

A lei medieval era caracterizada por conteúdos e finalidade precisos, como a racionalidade e o bem comum. A obediência à lei traduzia um dever moral (de consciência) e não simplesmente constritivo, mas o fundamento dessa obediência (portanto, sua legitimidade) residia na *justiça*, ou seja, “afirma o dever de obedecer às leis *enquanto justas*, já que o requisito da justiça é parte integrante da definição do conceito de lei (uma lei injusta não é uma verdadeira lei, mas antes uma *corruptio legis*)”.¹⁶⁷

Na modernidade, inverte-se a idéia e a *justiça* passa a se esgotar na lei, reduzindo o Direito à lei¹⁶⁸, de modo que

A lei se converte assim em pura forma, em ato sem conteúdo, isto é – para explicarmos melhor – um ato cujo caráter legal não depende nunca de seu conteúdo concreto, senão sempre e somente de sua procedência do único sujeito soberano. O qual identifica-se cada vez mais com um legislador, um legislador que estorva, enlaçando intimamente sua pessoa e supremacia com a qualidade de sua criação normativa. E nasce então essa hipoteca gravosa da civilização jurídica moderna que é a mística da lei, a mística da lei enquanto lei, uma herança do absolutismo régio que a revolução do final dos Setecentos assume sem pestanejar, intensificando-a e endurecendo-a a respeito das subsistentes aberturas do antigo regime sob o encobrimento de simulacros democráticos. E, em um clima de conquistada e ostentada secularização, sagrada será a lei intrinsecamente injusta, e sagrada

¹⁶⁵ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**, p. 141: “Com a lesão, não há talvez na teoria do contrato questão mais grave que esta: pode o juiz intervir na execução do contrato, para impedir, modificar ou retardar a execução da obrigação? Muitos juristas nem mesmo admitem que se discuta. O Código Civil declara que o contrato legalmente formado é lei para as partes. O juiz deve respeitar esta lei privada. As próprias partes não se podem desligar dela; a rescisão convencional é um novo contrato cujo efeito só se faz sentir no futuro; a rescisão unilateral não se explica senão por uma estipulação subentendida; a nulidade da condição potestativa da parte do devedor prova bem a irrevogabilidade do contrato. O contrato, que é uma lei, e, em certo sentido, superior à ela, pois que a própria lei não pode atingir. A nova lei que modificasse as condições de validade do contrato não atingiria a convenção já concluída; a que modificasse os efeitos do contrato, a não ser que tivesse sido declarada de ordem pública, deixaria subsistir os efeitos das vontades já ajustadas”.

¹⁶⁶ Sobre a questão da segurança jurídica como postulado fundamental da teoria jurídica moderna, v. cap. 1, item 1.2.

¹⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, p. 227.

¹⁶⁸ GROSSI, P. **Ob. cit.**, p. 34.

será a lei redigida e promulgada por um soberano néscio, fazendo nosso o exemplo oferecido pelo mesmo Montaigne”.¹⁶⁹

O fundamento da ordem legal, portanto, é a própria *legalidade*, já que esta se confunde com a *justiça*. Nestes termos, a ordem legal é sempre justa. Norberto BOBBIO, dissertando sobre os fundamentos do positivismo (esclarecendo a vertente que denominou de “positivismo ético moderado”), demonstra que o positivismo tem um “*valor instrumental*” como “meio necessário para realizar um certo valor, o da *ordem*”.¹⁷⁰ Neste sentido, a justiça será a justiça legal, uma vez que preserva a ordem normativa:

Poder-se-ia objetar que o fim próprio do direito não é a *ordem*, mas sim um fim superior: a *justiça*; ou, em outros termos, que o fim do direito não é uma ordem qualquer, mas a ordem justa. Pode-se, entretanto, responder que, no sentido tradicional, mais comum e mais amplo desse termo, a justiça nada mais é do que a *legalidade*, isto é, respeito e correspondência à lei e, portanto, ordem. *Ação justa* significa ação conforme à lei (e *homem justo* é aquele que adequa o próprio comportamento à lei, em contraposição ao *homem ético*, que é aquele que age com base numa livre escolha responsável). Essa concepção de justiça permanece válida também quando não se fala mais de *justiça de ação* (como conformidade à lei), mas de *justiça da própria lei*: lei justa é aquela em conformidade com uma lei superior (natural ou divina). Neste sentido, pode-se interpretar as duas máximas fundamentais da justiça enunciada pelos juristas romanos: *suum cuique tribuere* e *neminem laedere*. O *suum cuique* significa atribuir a cada um o que lhe cabe segundo um certo sistema normativo, isto é, instaurar a ordem; o *neminem laedere* significa não superar os limites postos à conduta humana pelo sistema normativo, não invadir a esfera que este reserva aos outros, e portanto não destruir a ordem constituída pelo direito. *Instaurar a ordem e não destruir a ordem*, eis o significado desses dois princípios. A afirmação segundo a qual a função própria do direito é garantir a ordem não é portanto aberrante em relação àquela que considera a justiça como o fim próprio do direito, porque, ao mesmo com base numa certa concepção, a justiça se identifica com a ordem.¹⁷¹

¹⁶⁹

GROSSI, P. *Idem*, p. 33. Tradução livre de: “*se convierte así en pura forma, en acto sin contenido, es decir – para explicarnos mejor –, un acto cuyo carácter legal no depende nunca de su contenido concreto, sino siempre y sólo de su procedencia del único sujeto soberano. El cual se identifica cada vez más con un legislador, un legislador que estorba, enlazando estrechamente su persona y supremacía con la calidad de su creación normativa. Y nace entonces esa hipoteca gravosa de la civilización jurídica moderna que es la mística de la ley en cuanto ley, una herencia del absolutismo regio que le revolución de finales de Setecientos asume sin pestañear, intensificándola y endureciéndola respecto a las subsistentes aperturas del antiguo régimen bajo el encubrimiento de simulacros democráticos. Y, en un clima de conquistada y ostentada secularización, sagrada será la ley intrínsecamente injusta, y sagrada será la ley redactada y promulgada por un soberano necio, haciendo nuestro el ejemplo ofrecido por el mismo Montaigne*”. A alusão é a Michel de Montaigne, pensador da segunda metade do século XV, para quem “as leis se mantêm em crédito não porque sejam justas, mas porque são leis. Este é o fundamento místico de sua autoridade; não têm outro fundamento e é o bastante”. (*apud* GROSSI, P., *idem*, p. 32, tradução livre de “*Las leyes se mantienen en crédito no porque sean justas, sino porque son leyes. Es el fundamento místico de su autoridad; no tienen otro fundamento, y es bastante*”).

¹⁷⁰

BOBBIO, N. *O positivismo...*, p. 230.

¹⁷¹

BOBBIO, N. *Idem*, p. 231.

Trata-se do já ressaltado processo de simplificação do Direito operado pelas revoluções modernas. Tal concepção formalista de justiça, a rigor, tem por consequência a redução de toda a complexidade dos fenômenos sociais, limitando-os as hipóteses legais. Consolidou-se, então, o caminho que direcionou o “Direito à lei”.

Como ressalta Paolo GROSSI, a redução do Direito à lei é facilmente visualizada na célebre obra de Jean Bodin sobre a república, na qual o pensador francês distingue o Direito, baseado na equidade e a lei, mandato de um soberano que exercita seu poder. A distinção foi operada em razão de que o Direito será completamente absorvido pela lei:

Em suma, Bodin, ainda ao final dos quinhentos, registra a existência de dois planos, dois níveis da experiência jurídica francesa: um em crescimento, o das leis; outro, mais subterrâneo, arraigado na sociedade, que não titubeia em chamar direito. Planos distintos, mas também a realidades rigorosamente distintas por suas qualidades intrínsecas: a lei real refere-se somente a vontade do Rei, não tendo importância seu conteúdo substancial; o direito é pelo contrário o fruto da experiência de vida de uma comunidade e registra em si as soluções mais equitativas que, cotidianamente, a comunidade faz suas. O direito representava ainda, no momento em que Bodin redigia sua *República*, o último resíduo – destinado a diminuir até desaparecer – de uma concepção tendente a tomá-lo e lê-lo nas raízes profundas da sociedade, e a traduzi-lo em normas obrigatoriamente respeitadas dessas raízes. O drama do mundo moderno consistirá na absorção de todo o direito pela lei, na sua identificação com a lei mesmo que seja má ou iníqua, como dizíamos a princípio.¹⁷²

172

GROSSI, P. **Ob. cit.**, p. 35. Tradução livre de: “*En suma, Bodin, todavía a finales del Quinientos, registra la existencia de dos planos, dos niveles de la experiencia jurídica francesa: uno en crecimiento, el de las leyes; otro, más subterráneo, arraigado en la sociedad, que no titubea en llamar derecho. Planos distintos, pero también realidades rigurosamente distintas por sus cualidades intrínsecas: la ley real se refiere sólo a la voluntad del Rey, no teniendo importancia su contenido sustancial; el derecho es por el contrario el fruto de la experiencia de vida de una comunidad y registra en sí las soluciones más equitativas que, cotidianamente, la comunidad hace suyas. El derecho representaba todavía, en el momento en que Bodin redactaba su République, el último residuo – destinado a disminuir hasta desaparecer – de una concepción tendente a tomarlo y leerlo en las raíces profundas de la sociedad, y a traducirlo en normas obligatoriamente respetuosas con esas raíces. El drama del mundo moderno consistirá en la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mala o iníqua, como decíamos al principio*”.

Nessa idéia de necessidade de segurança jurídica (valor base do positivismo ético e sustentáculo ideológico da doutrina positivista) que surgiram as codificações oitocentistas, com a pretensão de universalidade e perpetuidade¹⁷³.

A busca pela estabilidade é característica fundamental da transição para o direito moderno¹⁷⁴, fruto da necessidade de consolidação do novo estado de coisas surgido. Assim, “o novo direito” não somente “estabelece a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a lei”, mas

Tão importante como o estabelecimento destes princípios é a sua estabilização legislativa (em códigos) ou doutrinária. Isto é, de uma forma ou de outra, em complexos normativos orgânicos que escapam à arbitrária volúpia legislativa dos governos e que, com isso, garantam a firmeza e continuidade das transformações político-sociais. <<Propriedade! Propriedade! Centro da união social, quantas vezes não oscila incerta e quase tornada nome pelo vão vício de leis multiplicadas e obscuras>>, clama-se, em Portugal, no *Manifesto* do Governo Supremo do Reino, de 31.10.1820. Enquanto que, já nos finais do século, Júlio Vilhena estabelece um vínculo muito estreito entre a certeza do direito e a liberdade política: <<a liberdade civil, irm gêmea da liberdade política, não encontrava na redacção obscura da lei, nem na variedade das interpretações, garantias para o seu exercício>>.¹⁷⁵

¹⁷³ HESPANHA, A. M. **Panorama...**, p. 169: “Os novos códigos, se, por um lado, procediam a um novo desenho das instituições correspondente à ordem social burguesa liberal, instituíam, por outro, uma tecnologia normativa fundada na generalidade e na sistematicidade e, logo, adequada a uma aplicação do direito mais quotidiana e mais controlável pelo novo centro do poder – o Estado. Estadualismo, certeza do direito e previsibilidade vão, assim, de braço dado, permitir a efectivação e a estabilização dos novos arranjos sociais, políticos e jurídicos.”

¹⁷⁴ CORTIANO JUNIOR, E. **Ob. cit.**, p. 60: “As garantias necessárias a uma ordem jurídica baseada na economia de troca – dependente portanto de certo grau de certeza nas regras do jogo – exigem um poder central e um direito também centralizado. Assim, situações de pluralismo jurídico, por significarem incerteza incompatível com a racionalidade econômica necessária à atividade mercantil, devem ser afastadas. O pluralismo que havia tomado conta da Europa precisa ser superado em favor de uma ordem jurídica única, garantida pelo Estado.” Nesse sentido, “a cultura jurídica assume, ao final do século XVII, que o direito é um dado, como todos os outros dados da realidade, e assim o conhecimento do direito é conhecimento idêntico a todos os demais conhecimentos. O método do conhecimento do direito é o método do conhecimento em geral: cada problema jurídico deve encontrar uma resposta certa, que irá decorrer de premissas certas, que, no caso, são as proposições que refletem as regras do direito. Como o jusracionalismo busca a razão e a certeza como fonte das proposições jurídicas, tudo o que não estiver em concordância com esses princípios é tido como inválido. Ao querer um direito certo, imutável, seguro e meta-empírico, o jusracionalismo vai fixar princípios gerais, deduzidos da razão, a partir dos quais se podem ordenar – também mediante dedução – as demais regras e institutos jurídicos. O sistema se fecha em si mesmo. Um direito que parte de certas premissas, e de premissas certas”. (CORTIANO JUNIOR, E. *Idem*, p. 65-66).

¹⁷⁵ HESPANHA, A. M. **Ob. cit.**, p. 171-172.

A certeza e a segurança jurídica¹⁷⁶ servirão, então, como base para a compreensão de todo o material jurídico, assim como legitimarão o norte em termos de interpretação da legislação. Como salienta Luís Roberto BARROSO,

a lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito – ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade. Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz – *la bouche qui prononce les parole de la loi* – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo. Em síntese simplificadora, estas algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo. Têmis, vendada, balança na mão, é o símbolo maior, musa de muitas gerações: o Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade.¹⁷⁷

Tais noções, transferidas à teoria contratual, acarretam a supervalorização do conteúdo do pacto. O contrato, desde que preenchidos os requisitos legais para sua formação, traduz em si mesmo a justiça contratual. É justo juridicamente (manifestada na fórmula de que a justiça se confunde com a lei) e eticamente (retirada da idéia kantiana de que ninguém comete injustiças a si mesmo).

O contrato, nesse contexto moderno, apresenta-se de maneira *intangível*, somente alcançado pela vontade dos contratantes. Ao Estado caberia apenas *garantir* tal intangibilidade, assegurando não somente qualquer intromissão no âmbito

¹⁷⁶ Esse ideal de segurança absoluta refletiu-se diretamente na processo de codificação brasileira e ainda se faz presente atualmente: “Necessário assegurar, ainda, que o século XIX, em razão da forte influência do liberalismo que almejava o ‘mundo da segurança’, traduziu-se em período fecundo em codificações dos sistemas jurídicos. Essa busca incessante da ‘segurança’ dos textos escritos fez com que se difundisse a noção de Direito Civil identificada como o próprio Código Civil. Vale salientar, a esse respeito, que a Codificação Civil Brasileira, tal como as demais codificações da época, foi formulada a partir da delimitação do conteúdo do Código Napoleão que, adotando a sistematização de Jean Domat – leis civis e leis públicas, distanciou os interesses particulares dos interesses públicos”. (MEIRELLES, J. **Ob. cit.**, p. 94-95).

¹⁷⁷ BARROSO, L. R. Fundamentos..., p. 13-14.

contratual, mas também o fiel cumprimento da obrigação¹⁷⁸. Essa abstenção estatal no âmbito privado caracteriza o Estado liberal¹⁷⁹, em que “o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas impensáveis sem o direito da propriedade privada. Liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam independentes, como irmãos siamesas”.¹⁸⁰

O contrato, nessa ordem de idéias, “passa a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, ou então sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. O contrato encobre-se de inviolabilidade, inclusive em face do estado e da coletividade”.¹⁸¹

A justiça contratual, então, estava reduzida ao livre acordo de vontades manifestadas em consonância com os cânones legais. As legislações (em especial as codificações) filtram a manifestação volitiva, de modo a declará-la apta a veicular relações obrigacionais. A obrigação assumida, se preenchidos os requisitos legais, torna-se inviolável, somente podendo ser modificada por meio de uma nova livre composição volitiva.

¹⁷⁸ NORONHA, F. **Ob. cit.**, p. 42: “A obrigatoriedade do contrato consistiria na vinculação das partes ao estipulado, ficando elas, como diz o prof. Bittar, ‘jungidas ao respectivo cumprimento, sob pena de sanções previstas para a hipótese’. A este respeito, diz-se que o contrato é ‘lei’ para as partes, fala-se na *lex contractus* e invoca-se a velha máxima *pacta sunt servanda*. A este princípio da obrigatoriedade, ou da vinculatividade, poder-se-ia chamar mais adequadamente de princípio da *intangibilidade*, porque se estaria traduzindo melhor não só a impossibilidade de qualquer das partes alterar o pactuado, como também a impossibilidade de o conteúdo do contrato ser objeto de revisão contratual.”

¹⁷⁹ A propriedade e a manutenção irrestrita do conteúdo dos pactos fizeram parte do núcleo ideológico dos teóricos do Estado Liberal clássico: “Para Locke, a função principal da constituição do estado civil é a tutela da propriedade. É a propriedade que irá assegurar a manutenção da vida, da segurança e, sobretudo, da liberdade. Embora Locke afirme que concebe a propriedade em um sentido mais amplo, como um conceito que engloba a vida, a liberdade e os bens, nota-se como clareza que o autor, ao buscar legitimar a tutela da propriedade como função e limite do estado, refere-se à propriedade em sentido estrito, ou seja, a propriedade sobre os bens. Essa noção que se revela em John Locke é o cerne daquilo que conduzirá ao patrimonialismo que se colocará como traço fundamental do Direito Civil clássico e, por conseguinte, da teoria contratual ali inserida. Em um âmbito mais amplo, a liberdade na propriedade se coloca também no seu trânsito, no espaço do mercado, o que será trazido a lume por Adam Smith. É, desse modo, no espaço da propriedade – e do mercado – que o indivíduo exerce plenamente sua liberdade: o indivíduo proprietário é livre para o pleno exercício de seus poderes de proprietário. Por isso não cabe ao Estado intervir naquilo que diz respeito a esse espaço de liberdade, no qual as regras decorrem da vontade individual, e não de uma imposição do estado, que tem como escopo, precisamente, proteger essa liberdade”. (RUZYK, C. E. P. **Ob. cit.**, p. 17).

¹⁸⁰ LÔBO, P. L. N. Transformações..., p. 104.

¹⁸¹ LÔBO, P. L. N. *Idem*, p. 106.

A liberdade individual (expressada nas manifestações de vontade de sujeitos formalmente iguais entre si) simultaneamente explica a lei e é por esta garantida¹⁸²; igualmente a lei é compreendida como fonte exclusiva da justiça¹⁸³. Assim, o contrato sempre gerará a almejada justiça contratual, transformando-se no principal instrumento jurídico da modernidade. Como assevera ROPPO,

Nesse sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pela facto de o conteúdo deste corresponder á vontade livre dos contratantes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo *igualdade jurídica* (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do ‘antigo regime’, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa.¹⁸⁴

A noção de igualdade formal perante a lei sedimentará a incolumidade contratual. A lei, com sua generalidade e abstracção, não distinguirá ninguém e assim promoverá o ideal da harmonização e segurança jurídica. Os indivíduos, formalmente iguais entre si, formulam pactos e assim adquirem bens. O contrato encerra mecanismo-chave da sociedade capitalista, permitindo a mobilidade social

¹⁸² Em razão de ser o fundamento da legitimidade da ordem estatal (contrato social) e o principal objeto de protecção por parte do Estado liberal: “Se, para a concepção clássica de contrato, a vontade é o elemento essencial, a fonte, a legitimação da relação contratual; se, como vimos, até mesmo a sociedade politicamente organizada tem a sua fonte em um contrato social; se o homem é livre para manifestar a sua vontade e para aceitar somente as obrigações que sua vontade cria; fica claro que, por trás da teoria da autonomia da vontade, está a idéia de superioridade da vontade sobre a lei. O direito deve moldar-se à vontade, deve protegê-la, interpretá-la e reconhecer a sua força criadora. O contrato, como diz o art. 1.134 do Código Civil francês, será a lei entre as partes. A própria lei, oriunda do Estado, vai buscar o seu poder vinculante na idéia de um contrato entre todos os indivíduos desta sociedade. A *vontade* é, portanto, a força fundamental que vincula os indivíduos”. (MARQUES, C. L. **Ob. cit.**, p. 50).

¹⁸³ Compreende-se, nessa ordem de idéias, o “esquecimento” de preceitos jurídicos milenares, como equidade e boa-fé, foram esquecidos pelo Direito moderno, não só pelas codificações como também pelos doutrinadores. Emblemática é a valoração exclusiva pelas legislações modernas da boa-fé subjetiva: “A verificação adiante desenvolvida é ilustrativa quanto à modalidade de boa fé adotada pelos sistemas clássicos do Direito Privado após o Código Civil francês, qual seja, a modalidade subjetiva, em sincronia com a razão lógica de um sistema voluntarista e individualista” (NALIN, Paulo R. Ribeiro. *Ética e boa fé no adimplemento contratual*. In: **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro**. Luiz Edson Fachin (Coord.), p. 191).

¹⁸⁴ ROPPO, E. **Ob. cit.**, p. 35.

(o que restava impossibilitado no antigo regime em decorrência da rígida hierarquia social¹⁸⁵) e, com isso, fomentando a justiça social preconizada á época¹⁸⁶.

Esse revestimento ético e jurídico em torno do contrato levará à adoção de uma vinculatividade absoluta do conteúdo do contrato. O *pacta sunt servanda* será concebido como verdadeiro dogma contratual, de modo a não comportar qualquer exceção. Nesse contexto, fica claro como impossibilitaram-se a aceitação e o desenvolvimento de idéias e teorias em torno da revisão contratual. A própria noção de flexibilização do *pacta sunt servanda* – o que abrange também a possibilidade de liberação do devedor da obrigação em face da excessiva onerosidade – ficou seriamente prejudicada. Daí, como se verá no próximo capítulo, a não recepção pelas codificações modernas da antiga cláusula *rebus sic stantibus*, sistematizada no medievo por Bártolo e Arcusio.

O individualismo que presidiu a formação moderna do contrato impede qualquer ingerência na esfera contratual, sob pena de violar o sagrado espaço da liberdade individual e a soberania da vontade do sujeito. A obrigação assumida, nesta orientação, seguirá até seus últimos termos, independente das circunstâncias que a presidiram e as conseqüências que dela advieram. Como explica NEGREIROS,

A vontade como centro do contrato, articulada à regra da igualdade dos contratantes, obriga a reconhecer que tanto o legislador como o juiz lhe devem fiel observância, não podendo intervir

¹⁸⁵ NALIN, P. R. R. Ética e boa fé..., p. 193-194: “O problema em si não está na adoção do voluntarismo como núcleo da relação contratual, mas sim na premissa, aceitável à época (séc. XVIII e XIX), da igualdade formal entre os contratantes e, a partir do que, a atribuição a eles destinada da **plena** liberdade de manifestação volitiva. Saliente-se, aqui, enquanto exaustiva a aplicação da liberdade disposta em favor dos sujeitos contratuais, a possibilidade de estabelecimento quase ilimitado do conteúdo contratual. A meia limitação de vontade imposta pelo Estado se relacionava, tão-só, à vedação aos declarantes em não censurarem, em contrato, a autonomia que o Direito lhes garantia, através, por exemplo, de cláusula de escravidão. A vontade, assim, era o valor supremo, baseando nela o conceito de justiça á época vigente (“*quid dit contractuel dit juste*”).

¹⁸⁶ Isso demonstra a relatividade dos conceitos jurídicos, dentre os quais o contrato. Fala-se, atualmente, em função social do contrato como conquista da contemporaneidade. Mas o contrato, como conceito jurídico (e o Direito está inserto na realidade social), sempre apresentou uma função social. Ocorre que a função social do contrato, à época da construção da teoria contratual clássica, reduzia-se ao aspecto econômico. Nesse sentido, NALIN, P. **Do contrato...**, p. 216: “O contrato, por sua vez, nos modelos codicísticos influenciados pelo *Code*, não escapa de realizar uma certa função, vinculada ao princípio da autonomia da vontade, sendo então o instrumento pelo qual a atribuição da propriedade se consagra. Sua função é *translativa-circulatoria*, realizando o princípio fundamental da liberdade econômica.”

naquilo que houver sido pactuado pelas partes contratantes. Estas têm ampla liberdade quanto à fixação das obrigações que voluntariamente se auto-imponham; o que é querido e, nesta medida, obrigatório; e a determinação do conteúdo do querer compete exclusivamente ao indivíduo. A lei referente aos contratos – salvo quando tem em vista proteger, precisamente, a livre formação e manifestação do consentimento – legitima-se como reprodução da tácita vontade dos contratantes, e, por essa razão, tem caráter dispositivo, não se aplicando quando a ‘vontade tácita’ deixar de coincidir com a vontade expressamente manifestada em sentido contrário.¹⁸⁷

Estabelecidas as características fundamentais da teoria contratual clássica e, principalmente, os postulados teóricos que embasaram uma visão absoluta e irrestrita do *pacta sunt servanda*, resta analisar como se inseriu no pensamento contratual moderno a problemática em torno da revisão contratual e as teorizações dela decorrentes.

¹⁸⁷NEGREIROS, T. **Ob. cit.**, p. 27.

Capítulo 3 A REVISÃO DOS CONTRATOS NO UNIVERSO DA TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL E A SUA REPERCUSSÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO DO INÍCIO DO SÉCULO PASSADO

A idéia de modificação do conteúdo do pacto em razão de eventos supervenientes é milenar. Como observou Othon SIDOU, o velho Código de Hamurabi já tinha previsão dessa natureza¹⁸⁸. Textos romanos de Cícero e Sêneca igualmente faziam alusão aos efeitos gerados pela alteração das circunstâncias que presidiram a contratação¹⁸⁹. Na Idade Média, Alciato e Bártolo teorizaram em torno do problema do que se chama atualmente de “alteração das circunstâncias”, desenvolvendo a famosa “cláusula *rebus sic stantibus*”.¹⁹⁰

A possibilidade de revisão do contrato em decorrência de fatos supervenientes à contratação que onerem significativamente uma das partes (e, assim, desequilibrem o pacto) é, portanto, matéria refletida e discutida desde a antiguidade; carrega consigo a idéia de equidade, presente do Direito romano e preservada no medievo. Faz parte, portanto, do material romanístico que serviu de base para o desenvolvimento das grandes sistemáticas modernas (a francesa e a alemã). No entanto, a famosa cláusula medieval foi completamente olvidada pelas

¹⁸⁸ OTHON SIDOU, J. M. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**: a cláusula *rebus sic stantibus*; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada, p. 1. Igualmente, DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**, p. 14, FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**, p. 57 e RIZZARDO, A. **Ob. cit.**, p. 137 e SANTOS, R. B. T. da S. P. dos. **Ob. cit.**, p. 13.

¹⁸⁹ DONNINI, R. F. *Idem*, p. 2-3, BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**, p. 2 e SANTOS, R. B. T. da S. P. dos. **Ob. cit.**, p. 14.

¹⁹⁰ BARLETTA, F. R. *Idem, ibidem*. Coube ao pós-glosadores a construção da cláusula *rebus si stantibus*: “Bártolo pretendia que se devia considerar a cláusula *rebus sic stantibus* inserta em todas as renúncias. Baldo, ao comentar o citado fragmento do Digesto [XII.48], objecto da glosa de Acúrsio, alarga o âmbito da cláusula a todas as promessas. Gyason Del Mayno përa depois novo alargamento no âmbito da teoria, ao declara-la aplicável a todos os contratos.” (CARVALHO FERNANDES, Luís A. **A teoria da imprevisão no direito civil português**, p. 21). Mas foi Alciatus quem introduziu a noção de imprevisibilidade à figura, que será preservada e enaltecida na esmagadora maioria das teorizações modernas em torno da revisão contratual (*idem*, p. 22). No mesmo sentido, OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**, p. 79 e SANTOS, R. B. T. da S. P. dos. **Ob. cit.**, p. 15. Para uma análise mais detalhada dos desenvolvimentos medievais em torno da cláusula, MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Ob. cit.**, p. 938-944.

grandes codificações (tanto o *Code Civil* francês como o BGB alemão¹⁹¹, embora o tema tenha sido discutido quando da elaboração do Código tedesco por intermédio da teoria da pressuposição desenvolvida por Windscheid, refutada quando da concretização do texto final).

A não aceitação pelas codificações novecentistas da cláusula *rebus sic stantibus* foi primeiramente justificada por sua imprecisão e a conseguinte insegurança na sua aplicação¹⁹². Da maneira como foi formulada, em forma de cláusula, ou as partes deveriam colocá-la no instrumento contratual ou então a lei, taxativamente, determinaria sua implicação em qualquer contratação (o que ameaçaria a estabilidade do tráfego¹⁹³).

Mas a teorização da cláusula deve ser entendida à luz da racionalidade que presidia o tempo de sua criação: quando dos primórdios da sua formulação, no Direito Canônico¹⁹⁴, havia a valorização da palavra dada como uma questão moral (a mentira e o não cumprimento do acordo eram considerados pecados, fator histórico

¹⁹¹ BARLETTA, F. R. **Ob. cit.**, p. 4-5; FONSECA, A. M. da. **Ob. cit.**, p. 199-200; DONNINI, R. F. **Ob. cit.**, p. 18-19; CARVALHO FERNANDES, L. A. **Ob. cit.**, p. 25; OTHON SIDOU, J. M. **Ob. cit.**, p. 24; BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil**: com referências ao código civil de 1916 e ao novo código civil, p. 107; OLIVEIRA, A. J. de. **Ob. cit.**, p. 81-82; COUTO E SILVA, Clóvis do. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In: **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva** (Org.: FRADERA, Vera Maria Jacob de.), p. 90 e ALMEIDA COSTA, M. J. de. **Ob. cit.**, p. 291.

¹⁹² BORGES, N. **Ob. cit.**, p. 166-167 e RIZZARDO, A. **Ob. cit.**, p. 137.

¹⁹³ “A propósito da teoria da cláusula *rebus sic stantibus*, tem-se de frisar que seria absurdo negar-se que possa ser expressa ou resultar firmemente das circunstâncias. O que se há de afastar é que exista lei que a considere implícita (tal regra jurídica poderia ser cogente, dispositiva ou interpretativa) e que, na falta de menção, se haja por inclusa *a priori*. A cláusula *rebus sic stantibus* pode existir, validamente como qualquer outra que não seja proibida. A teoria que a considera inerente, ou usual, ou o *quod plerumque fit*, essa, não pode qualquer sistema jurídico acolhê-la sem pôr em grave risco o princípio de seguridade. Atinente à dívida, seria perigosa para os devedores e os credores; atinente ao crédito, também o seria”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial, t. XXV, p. 248). No mesmo sentido, BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral, p. 214: “A essa teoria [cláusula *rebus sic stantibus*], porém, têm sido opostas objeções de relevo. Alega-se que a cláusula resolutória deve ser sempre prevista. Admiti-la como implícita seria simples suposição. Considerá-la inerente aos contratos seria pura e perigosa ficção. Objeta-se, ainda, que, se a cláusula se entende com as alterações imprevisíveis, a sua própria admissibilidade, como inserta na convenção, constituiria contraditória previsão”. No mesmo sentido, GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato**, p. 158 e AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**, p. 120.

¹⁹⁴ MENEZES CORDEIRO anota que “não é crível que BÁRTOLO ignorasse os canonistas que, por pouco tempo, o antecederam” (MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Ob. cit.**, p. 943).

que contribuiu para o advento do voluntarismo¹⁹⁵), mas igualmente a exploração de outrem era reprovada (daí, por exemplo, a reação à usura¹⁹⁶). Assim, compreende-se a subjetividade da teoria estipulada em forma de cláusula e o sentido de justiça comutativa nela presente¹⁹⁷. Especificamente com referência à Bártolo, não se pode olvidar a racionalidade aristotélico-escolástica predominante à época dos pós-glosadores¹⁹⁸, voltada a problemas práticos da realidade social utilizando como base o material romanístico.¹⁹⁹

No entanto, as razões para a não inclusão da cláusula *rebus sic stantibus* nas grandes codificações modernas são melhor explicadas de dois modos. Inicialmente pelas próprias premissas adotadas na construção da teoria contratual clássica. O apego exagerado ao voluntarismo – em que o contrato se esgotava no encontro de livres manifestações individuais – e a noção de justiça contratual daí derivada – o próprio consensualismo, como visto, encerrava a noção de justiça contratual – apresentam-se como obstáculos intransponíveis à adoção de uma perspectiva que possibilitasse a modificação do conteúdo do pacto. Complementarmente a essas premissas particulares à teoria contratual, outra questão impediu a aceitação e o desenvolvimento da idéia da revisão judicial dos contratos: a própria concepção da

¹⁹⁵ HESPANHA, A. M. **Panorama...**, p. 86.

¹⁹⁶ HESPANHA, A. M. *Idem, ibidem*; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**, p. 45-46. Por isso que dos autores cristãos “partiu a idéia de que se, de um lado, há para o devedor a obrigação de ser fiel à fé jurada, de outro, há para o credor a de se respeitar a justiça. Temperar a força obrigatória do contrato pela consideração do justo, tal é, em matéria contratual, a doutrina constante dos Padres da Igreja: SANTO AMBRÓSIO, SANTO AGOSTINHO e SÃO TOMÁS DE AQUINO”. Desse modo, “para justifica essas concepções, os juristas medievais imaginaram subentendida nos contratos a cláusula *rebus sic stantibus*, por força da qual se presume que as partes antecipadamente condenaram o desequilíbrio, decorrente de circunstâncias imprevistas, e admitiram o reajuste do contrato a essas circunstâncias” (SERPA LOPES, M. M. de. **Ob. cit.**, p. 125).

¹⁹⁷ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Ob. cit.**, p. 943.

¹⁹⁸ HESPANHA, A. M. **Panorama...**, p. 121-122.

¹⁹⁹ WIEACKER qualificou os pós-glosadores como os “arquitectos da modernidade européia” (WIEACKER, F. **Ob. cit.**, p. 80), pois, através de uma metodologia que partiu da discussão aristotélica (que desembocou na tópica - HESPANHA, A. M. **Panorama...**, p. 121-122), enfrentaram os problemas reais da baixa idade média a partir do legado jurídico romano (as construções dos pós-glosadores constituíram a base do que a ciência jurídica moderna reputaria de “princípios gerais do direito” – *idem*, p. 123). Esta preocupação com a prática (WIEACKER, F. **Ob. cit.**, p. 83), assim como a noção de equidade presente na era medieval, certamente contribuíram para o desenvolvimento de problemáticas como a da cláusula *rebus sic stantibus*.

sistematização do Direito, que informou a construção dos grandes Códigos modernos²⁰⁰.

As premissas da teoria contratual tradicional já foram analisadas no capítulo anterior. Mas, para melhor compreensão da questão metodológica que a problemática da revisão judicial dos contratos suscita, é necessário deter-se na sistematização levada a cabo nos principais espaços jurídicos europeus: o francês e o alemão.²⁰¹ Tal análise permitirá revelar diferenças importantes entre os dois sistemas que explicarão uma maior desenvolvimento no espaço jurídico-cultural alemão de teorias em torno da revisão contratual. Por fim, é fundamental para o recorte temático proposto (o papel da revisão dos contratos no Direito Contratual brasileiro contemporâneo) averiguar como a codificação brasileira de 1916 disciplinou a matéria contratual, enfocando especificamente a questão da revisão dos contratos.

3.1 A sistemática francesa e a incompatibilidade com a idéia de revisão do conteúdo do contrato

O advento do jusracionalismo e a consolidação de uma noção individualista no trato jurídico corroboraram para o surgimento da codificação francesa. Mas o Código Civil francês representou mais do que um simples estatuto normativo cristalizador dos valores burgueses com pretensões de universalidade e absoluta

²⁰⁰ Apesar disso, após as Grandes Guerras na primeira metade do século XX, a teoria da cláusula *rebus sic stantibus* exerceu grande influência. Prova disso está na terminologia comumente divulgada pela doutrina, equiparando, como se fossem situações idênticas, a cláusula *rebus sic stantibus* a figura da revisão contratual. Tal fato leva a desconsideração pela maioria dos doutrinadores da possibilidade de revisão contratual por fatores contemporâneos à contratação, hipótese não compreendida na teoria da cláusula da *rebus sic stantibus*, voltada a resolver a problemática da alteração das circunstâncias.

²⁰¹ Não há pretensão, contudo, de realizar um estudo de direito comparado acerca da revisão contratual (até porque já existem trabalhos doutrinários nesse sentido: FONSECA, A. M. da. **Ob. cit.**, p. ; BORGES, N. **Ob. cit.**, p. 431 e seguintes e DONNINI, R. **Ob. cit.**, p. ; busca-se, em verdade, analisar as premissas fundamentais das duas maiores sistematizações europeias, representadoras das grandes fontes do sistema jurídico brasileiro (análise, portanto, fundamental para caracterização do trato da revisão contratual no Brasil e a busca de subsídios para o redimensionamento de seu papel segundo valores contemporâneos).

plenitude. Fundou um verdadeiro sistema legal fechado²⁰², baseado em axiomas logicamente formulados, abstratos e irreduzíveis²⁰³.

O sistema fechado caracteriza-se, principalmente, pela pretensão de auto-suficiência. Assim, objetiva regular todos os conflitos e tensões sociais a partir de preceitos lógicos exclusivos e imutáveis. Com isso, aprisiona toda a realidade e a filtra, de modo a reduzir toda complexidade social aos seus enunciados normativos. Em resumo, busca ser a fonte exclusiva de todo o Direito, ou, em termos mais objetivos, o sistema proclama ser o próprio Direito.

O sistema fechado funda-se em axiomas abstratos que explicam toda a realidade subjacente; nessa ordem de idéias, o método de raciocínio jurídico

se quer construído através de precisão matemática, vale dizer, ‘científica’, das suas premissas, através de formulações cada vez mais gerais, passíveis de redução a verdades intangíveis. O objetivo, por certo, não é reduzir todo o conhecimento filosófico ao conhecimento matemático, mas sim *definir a ordem da razão* – aquilo que estrutura o sistema – ao modo das ciências matemáticas: analogia *more geométrico* portanto, a qual requer a elaboração de um sistema centralizado: ‘A ordenação não se consegue com base em conexões estabelecidas entre elementos periféricos pré-sistemáticos; ela desenvolve-se, antes, unitária e metódica, de uns quantos princípios firmados com vista ao sistema’. Por isso o sistema se fundará em proposições primeiras – os *axiomas* –, que não requerem demonstração justamente por serem ‘verdadeiras’ ou ‘inatas’, assim como o são os princípios primeiros da matemática ou da geometria, das quais seguem, *ordenada e unitariamente encadeadas, proposições secundárias e efeitos que constituem uma totalidade*.²⁰⁴

²⁰² Os códigos resultam de um “fator político” (consolidação dos valores burgueses) e de um “fator técnico”, apresentado “como uma exigência de sistematicidade: ‘colocar o direito sob a forma de código’, significa colocá-lo sob a forma de um sistema. Portalis já destacara que no Direito Romano testemunhava-se a presença de princípios que lhe conferiam unidade, e o mesmo deveria se passar com o direito francês, ao ser arquitetado sob a forma de um sistema: um ‘encadeamento de razões’ assentado na força dos princípios”. (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Percorso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro**, p. 95-96).

²⁰³ A sistemática francesa tem sua base ideológica no jusracionalismo. Assim, o sistema de direito privado é centrado em núcleo principiológico abstrato que por si só é fonte exclusiva de todo o Direito: “No campo do direito privado, o jusracionalismo pretendeu expurgar do ordenamento positivo as normas que considerava em desacordo com os ‘princípios superiores da razão’, assim preparando caminho para uma *construção sistemática autônoma*, vale dizer, independente de outros critérios, fatos ou valores que não os contidos intra-sistematicamente. É porque o jusracionalismo é, ele próprio, um sistema fechado de verdade (isto é, certeza) da razão. Daí o objetivo, político e ideológico, que o levou a situar o direito como um sistema que partisse de regras ou princípios gerais, as quais, contrapostas ao direito vigente – costumeiro e romanístico –, apenas o validariam se evidenciada a concordância entre esse e o direito natural, cujos postulados assume como internos, conaturais a uma ‘essência’ do próprio direito. Todo o movimento denominado de ‘segunda recepção’ – de importância fundamental no que concerne principalmente ao direito alemão – será processado sob esse signo.” (MARTINS-COSTA, J. **Da boa-fé...**, p. 137-139).

²⁰⁴ MARTINS-COSTA, J. *Idem*, p. 143-144.

Os conceitos jurídicos, nessa linha de raciocínio, passam a ser um fim em si mesmo. Constrói-se uma verdadeira inversão da relação Direito/sociedade: não é a realidade social, e os problemas que dela brotam, a base da teoria jurídica (constituindo assim a base para formulação e explicação dos conceitos jurídicos), mas os conceitos que informam a realidade social²⁰⁵. A tarefa do jurista, pois, era a de adequar a realidade aos preceitos legais. Na França pós-codificação, significa a adoção da incongruente fórmula de adaptação do meio social aos dispositivos do *Code*.²⁰⁶

A história da elaboração do *Code* revela com nitidez essa ventilada auto-suficiência. Os primeiros projetos tinham influência expressa do jusnaturalismo racionalista. Em célebre discurso proferido em 4 de junho de 1793, Cambacérès, autor do primeiro projeto, afirmou: “Existe uma lei superior a todas as outras, uma lei eterna, inalterável, própria a todos os povos, conveniente a todos os climas: a lei da natureza. Eis aqui o código das nações, que os séculos não puderam alterar, nem os comentadores desfigurar. É a ele apenas que é necessário consultar”.²⁰⁷ Decorrente direta do apego ao jusnaturalismo, o projeto Cambacérès sustentava-se

²⁰⁵ MARTINS-COSTA, J., *idem*, p. 142. Tal ordem de idéias levará a uma concepção ahistórica do universo jurídico: “A verdade, mesmo para as ciências ditas humanas, é passível de verificação, por força da renovação do método: o método repetido, que conduz a um mesmo resultado, é o método da verdade. Para o Direito das Obrigações, dentre as quais uma das fontes é o contrato, o racionalismo se notabiliza como geometria eucladiana intemporal das obrigações, ante as ‘proposições’ abstratas que se permitiram fazer com a estabilidade codificadora. Tal colocação serve para explicar o Direito das Obrigações como matéria destituída de compromisso com o tempo de sua aplicação e abstrata que se reconhece como essência. A abstratividade a torna descompromissada com os fatos da realidade, pois seu único compromisso é com suas próprias categorias conceituais”. (NALIN, P., *Do contrato...*, p. 107-108).

²⁰⁶ Como anota CAENEGEM, “Os anos entre 1789 e 1804 foram agitados mas também muito criativos; de repente tudo, até as mais ousadas e improváveis inovações, parecia possível. Os códigos napoleônicos determinaram o fim desse breve período e inauguraram um século de estabilidade. Do ponto de vista jurídico, foi também um século de esterilidade. Os códigos já existiam; adequavam-se à mentalidade e aos interesses dos cidadãos, e não havia razão para questioná-los. Os juízes tinham apenas de respeitá-los e aplicá-los rigorosamente; aos autores cabia tão-somente interpretar com fidelidade os artigos do código. Não havia margem para que a jurisprudência e a erudição tentassem inovar ou desempenhar um papel criativo. O direito fundira-se com o estatuto, o estatuto por sua vez não era obra de professores ou magistrados, que não tinham mandato para agir em nome da nação, mas sim do legislador, o único representante do povo soberano.” (CAENEGEM, R. C. V. *Ob. cit.*, p. 207).

²⁰⁷ *Apud* BOBBIO, N. *O positivismo...*, p. 69.

em “três princípios fundamentais: reaproximação da natureza, unidade e simplicidade.”²⁰⁸

No entanto, tal projeto não foi aceito, por ter sido considerado pouco técnico e muito filosófico. Cambecères apresentou outros dois projetos, também não aceitos. Essa não aprovação pode ser explicada de maneira simples: a crença na impossibilidade da “realização de um o ‘código de natureza’, simples e unitário...”.²⁰⁹ Sedimentava-se então a idéia de um Código totalitário, ou seja, só poderia existir um único Direito, uma única lei: a do Código. Assim, a lei da natureza ou a lei racional não mais deveria existir, por estar superada pela idéia da codificação.

Prevaleceu então o projeto concebido por Portalis, Tronchet, Bogot-Prémeneau, Maleville, cuja versão definitiva desligou-se completamente do jusnaturalismo (o Conselho de Estado eliminou do projeto inicial o resquício do Direito natural presente nos artigos 1º e 9º, que previam, respectivamente, um direito universal e imutável, fundado na razão natural, e o Direito natural como fonte integrativa de lacunas²¹⁰).

O Código de Napoleão, em verdade, representava uma síntese da tradição francesa (uma mistura do direito romano erudito aplicado no sul – o qual Portalis dominava profundamente, tendo baseado boa parte de seu projeto no famoso tratado de direito civil de Pothier – e do direito consuetudinário aplicado no norte²¹¹) e dos ideais da revolução, atendendo assim às pretensões políticas da burguesia da época. A intenção do Código, então, era ser um ponto de partida e um ponto de chegada ao mesmo tempo: da tradição passada à construção do caminho do futuro.

²⁰⁸ BOBBIO, N. *Idem, ibidem*.

²⁰⁹ BOBBIO, N. *Idem*, p. 70.

²¹⁰ BOBBIO, N. *Idem*, p. 72 e 76.

²¹¹ CAENESE, R. C. V. **Ob. cit.**, p. 8: “As fontes imediatas usadas pelos autores do *Code Civil* de 1804 foram o direito comum francês tradicional do século XVIII, que era um amálgama dos direitos eruditos e consuetudinário, parte do qual era bem antiga; e, em segundo lugar, as inovações feitas durante a Revolução. Essa mistura do velho e do novo adequava-se ao clima político da nação e, depois da queda do *ancien regime*, mostrou-se também bastante adequada à sociedade pequeno-burguesa do século XIX.”.

Tal apego à tradição não somente implicava um resgate dos institutos do Direito romano, mas também uma preservação do Direito natural racional. Esse era o ideário dos redatores do Código de Napoleão, mas o que realmente prevaleceu foi a visão dos intérpretes da codificação, como salienta BOBBIO:

Se o código de Napoleão foi considerado o início absoluto de uma nova tradição jurídica, que sepulta completamente a precedente, isto foi devido aos primeiros intérpretes e não aos redatores do próprio Código. É de fato àqueles e não a estes que se deve a adoção do princípio da onipotência do legislador, princípio que constitui, como já se disse mais de uma vez, um dos dogmas fundamentais do positivismo jurídico (...).²¹²

O descompasso entre os redatores do *Code* e a interpretação que deste se seguiu pode ser claramente visualizada na discussão a respeito das “lacunas legislativas” (omissão da lei a respeito de dada matéria²¹³). Portalis, em seu discurso preliminar por ocasião da apresentação do projeto, narrou os postulados que iriam determinar a interpretação e aplicação da lei em França a partir da edição do Código Civil de 1804: o Juiz que se negar a aplicar a lei sob o pretexto de omissão legislativa, será responsável por denegar justiça (CCF, 4º). Tal exigência leva ao problema de quando a lei não oferece a resposta ao caso suscitado, do que apresentam dois caminhos: buscar a solução dentro do sistema legislativo (isto é, dentro do próprio Código), ou então deduzi-la fora do sistema, a partir da equidade (trata-se da questão da integração legislativa, que para os positivistas sempre deve-se dar dentro do sistema – a denominada auto-integração, derivada do dogma da onipotência do legislador que leva ao postulado da completude do ordenamento jurídico²¹⁴).

²¹² BOBBIO, N. **O positivismo...**, p. 73.

²¹³ BOBBIO, N. *Idem*, p. 73-74.

²¹⁴ BOBBIO, N. *Idem*, p. 74. Interessante é a resposta ao problema das lacunas dada pelo artigo 9º do projeto do *Code*: “Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de equidade. A equidade é o retorno à lei natural e as usos adotados no silêncio da lei positiva” (*apud* BOBBIO, N. *Idem*, p. 76). A solução dada por Portalis foi clara: a omissão do Código será suprida pela razão natural, ou seja, pelo Direito natural racional, que passa a ter nova função: atuará subsidiariamente à lei positiva. A não aprovação, todavia, desses dispositivos pelo Conselho de Estado ensejou a interpretação de que o jusnaturalismo (assim como toda a tradição precedente) não mais exerceria qualquer influência na interpretação ou integração do sistema (BOBBIO, N., p. 77).

Surge, então, a escola da exegese²¹⁵, cujo postulado básico era que o juiz é a boca da Lei²¹⁶ (a redução completa do Direito ao Código). A Escola da Exegese sedimentaria a doutrina positivista em França, primeiro invertendo a relação Direito natural/Direito positivo (somente interessaria ao jurista aquilo que do Direito natural for positivado²¹⁷), e depois ratificando a concepção rigidamente estatal do Direito (que seria reduzido as normas formais estipuladas pelo Estado – a onipotência do legislador), do que decorre a interpretação da intenção do legislador, do culto do texto da lei e do respeito ao Direito proveniente da autoridade. Desse modo,

à doutrina apenas restava um papel ancilar – o de proceder a uma interpretação sunbmssa da lei, atendo-se o mais possível à vontade do legislador histórico, reconstituída por meio dos trabalhos preparatórios, dos preâmbulos legislativos, etc. Quanto à integração das lacunas, a prudência devia ser ainda maior, devendo o jurista tentar modelar para o caso concreto uma solução que pudesse ter sido a do legislador histórico se o tivesse previsto.²¹⁸

²¹⁵ BOBBIO, N. *Idem, ibidem*: “É neste modo de entender o art. 4º, que se fundou a escola dos intérpretes do Código Civil, conhecida como ‘escola da exegese’ (*école de l’exégèse*); esta foi acusada de *fetichismo da lei*, porque considerava o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na *intenção do legislador*.” Os maiores expoentes da escola da exegese foram Alexandre Duranton, Charles Aubry e Frédéric Charles Rau, Jean Ch. F. Demolombe e Troplong.

²¹⁶ A própria metodologia jurídica francesa, hermética e pretensamente auto-suficiente, ocasiona o desenvolvimento da escola da exegese. O *Code* foi erigido sobre o vasto material romanístico; a extensão das matérias jurídica sem um tratamento mais depurado (o que seria feito de forma precisa pela escola pandectista) leva a uma séria de desconexões entre os diversos assuntos. A solução seria o apego incondicional ao texto codificado como viés interpretativo. Desse modo, “o jusracionalismo deu à luz um código que, uma vez em funções, renega a metodologia que o gerou” e “toda a Ciência do Direito simplifica-se ao extremo, reduzindo-se a um diálogo com o texto legal.” Por isso pode-se afirmar que “o jusracionalismo central desemboca, deste modo, na escola da exegese”, cujo método “consiste em ligar à lei escrita – para o caso, ao Código Napoleão – todas as soluções que se venham a apresentar. Tal ligação, pelo menos no entendimento comum e imediato, não é, tão só, formal: a própria materialidade das saídas encontradas filia-se no modelo legal do *Code*.” (MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Ob. cit.**, p. 250-252).

²¹⁷ O Direito natural, então, cumprira seu papel (ao abrir as portas ao positivismo) e seria condenado ao desaparecimento: “No século XVIII, o direito racional (*Vernunftrecht*) fora um instrumento poderoso na luta contra o antigo regime político. Durante a Revolução, o direito natural tinha sido constantemente invocado para justificar as novas normas e os novos sistemas. Na obra teórica de Portalis, o direito natural desempenha um papel muito importante. O *Code civil*, no entanto, rejeita qualquer empréstimo do direito natural; de agora em diante, a ordem instituída era o *Code*, e qualquer referência ao direito natural, fonte perpétua de inspiração para os que se opunham ao *status quo*, estava fora de questão. Para os adeptos do novo *Code*, o papel do direito natural tinha acabado”. (CAENEGEM, R. C. V. **Ob. cit.**, p. 12-13).

²¹⁸ HESPANHA, A. M. **Ob. cit.**, p. 177-178.

Diante disso,

todas as explicações jurídicas devem ser procuradas *dentro* e não fora dos textos legais. A ciência jurídica se reduz, assim, a uma mera análise metódica dos textos em seu aspecto gramatical, lógico e sistemático, sem maiores questionamentos sobre a validade mesma desses textos, ou a sua adequação às condições sociais. Dentro dos princípios da Escola da Exegese, toda a construção teórica do Direito repousa na *interpretação* dos textos legais dentro de sua ordenação lógica, a partir do que se inferem os *institutos jurídicos*, que consistem na cristalização do que há de mais geral em grandes conjuntos de regras que se agrupam em torno de diferentes centros de interesse e de uma *ratio juris* específica. Toda a atenção da Escola da Exegese se volta, portanto, para a lei e sobretudo para a sua interpretação, que deve atingir-lhe o espírito, mas sem qualquer acréscimo e, muito menos, crítica ao nela já declarado, recorrendo-se, em caso de lacuna, à *intenção do legislador*.²¹⁹

A concepção da sistemática francesa explica as omissões e as simplificações de uma série de matérias jurídicas constantes da tradição anterior, como a noção de boa-fé²²⁰, equidade e a figuras dela diretamente derivadas (lesão e a própria problemática em torno da cláusula *rebus sic stantibus*). A observação é óbvia: se o sistema francês era extremamente fechado, construído exclusivamente sob axiomas lógicos e abstratos, a idéia de revisão judicial dos contratos mostra-se com ele completamente incompatível:

A superioridade do legislador, como criador do Direito, frente ao juiz, aplicador do mesmo, vem entendida pela escola da exegese no sentido de considerar que essa função do juiz (do jurista, mais em geral) se limita, de acordo com a chamada teoria da subsunção, a um trabalho quase mecânico de aplicação-repetição da norma por intermédio de um procedimento lógico de simples dedução. Tratar-se-ia, se tem dito, de uma tarefa quase exclusivamente reduzida a resolução de um elemental silogismo em que a norma geral, dada pelo legislador, atua como premissa maior, o caso da vida real plantado seria a premissa menor e a sentença ou resolução adotada valeria como conclusão do silogismo.²²¹

²¹⁹ MARQUES NETO, A. R. **Ob. cit.**, p. 151-152.

²²⁰ A boa-fé, à luz da sistemática francesa individualista, foi enclausurada em uma feição exclusivamente subjetivista, destinada a “desempenhar o papel de fortalecimento do contrato” (PINHEIRO, R. F. **O abuso...**, p. 240).,

²²¹ DÍAZ, E. **Ob. cit.**, p. 108-109 (tradução livre de: “*La superioridad del legislador, como creador del Derecho, frente al juez, aplicador del mismo, viene entendida por la escuela de la exégesis en el sentido de considerar que esa función del juez (del jurista, más en general) se limita, de acuerdo con la llamada teoría de la subsunción, a una labor casi mecánica de aplicación-repetición de la norma a través de un procedimiento lógico de simple deducción. Se trataría, se ha dicho, de una tarea casi exclusivamente reducida a la resolución de un elemental silogismo en el que la norma general, dada por el legislador, actúa como premisa mayor, el caso de la vida real planteado sería la premisa menor y la sentencia o resolución adoptada valdría como conclusión del silogismo*”).

Revisar um contrato, qualquer que fosse a causa que poderia ensejar a revisão (seja por fatos supervenientes ou circunstâncias presentes na contratação, como a lesão), significa respeitar os fatos subjacentes ao contrato. Em termos metodológicos, implica reconhecer que o princípio estatuído no artigo 1.134 do *Code* não valeria em razão de *determinadas circunstâncias apreensíveis na realidade social*.²²²

O contrato, reduzido exclusivamente a um encontro de livres vontades, representa um dos vetores principais da sistemática francesa e

atentava-se, tão-somente, para uma justiça contratual formal: sob a égide de uma vontade livre, reputava-se a igualdade de oportunidades como suficiente para garantir seu alcance. Limitada ao momento de formação do contrato, a justiça no contrato era consequência inexorável do dogma da autonomia da vontade, de tal modo, que sob a capa da intangibilidade multiplicavam-se contratos substancialmente injustos²²³.

Assim, qualquer ameaça ao seu império representa, em verdade, ataque à própria estabilidade do sistema normativo. Compreende-se a repúdia, não só do legislador, mas principalmente da doutrina e da jurisprudência, à figura da revisão judicial do contrato²²⁴. O problema trazido pela revisão dos contratos, então, também é metodológico, como observa MENEZES CORDEIRO:

Na absolutização do convênio contratual – ao qual, como arrimo, se curva a própria boa fé – centrada no consenso mútuo formativo, firmada de modo axiomático-conceitual e actuada através

²²² A respeito da teoria da imprevisão (uma das teorizações em torno da revisão contratual) a sua recepção no direito francês, MARTINS COSTA, Judith H.. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. In **Revista dos tribunais**, v. 670, p. 43: “é interessante observar na linha evolutiva da teoria, a perfeita sintonia entre o seu sucesso ou descrédito e as concepções sociais vigentes: após sua criação, no século XIII, entra em franco declínio a partir do fim do século XVIII, por sua alegada ‘generalidade e imprecisão’, assinalando com pertinência Menezes Cordeiro o seu afastamento na época das grandes codificações – à qual corresponde no plano econômico, o liberalismo – porquanto o tipo de raciocínio que sua aplicação requer ‘levanta dificuldades a um sistema de tipo central’, tal como o inaugurado pelos códigos”.

²²³ PINHEIRO, R. F. **O percurso teórico...**, p. 216-217.

²²⁴ “Durante mais de um século, a jurisprudência francesa, acompanhada por uma doutrina que primava pelo rigor exegético, encerrada no texto do *Code*, insistiu na recusa em modificar os contratos, diante da alteração das circunstâncias. Proclamando o princípio *pacat sunt servanda*, em termos absolutos, asseverava o perigo em admitir a intervenção do juiz a pretexto de equidade: a vontade livre encontrada na base desses pactos justificava sua obrigatoriedade”. (PINHEIRO, R. F. *Idem*, p. 216). Nesse sentido, a doutrina majoritária francesa nega a possibilidade de revisão do contrato por boa-fé (conforme GUESTIN, Jacques; BILLIAU, Marc. **Le prix dans les contrats de longue durée**, p. 160).

de metodologia dedutiva da segunda sistemática cartesiana, reside a incapacidade congênita, de, por negação, afirmar ainda o mesmo princípio. Esta negação, a ter sido viável, concitaria, como sucedeu noutras latitudes, uma eficácia da alteração das circunstâncias imputada a cláusulas *rebus sic stantibus* tacitamente acordadas, ou esquemas similares. Não seria possível inserir, no coração da Ciência Jurídica privada, um vector material e metodológico tão forte, sem, nisso, marcar todo o espaço juscientífico circundante. Tentar pôr em causa, através de institutos pré-consagrados e com funções distantes, o princípio contratual, assim entendido e multiplicado, sem enfrentar, de modo frontal, o problema subjacente do modo-de-ser do Direito em questão, é medida votada ao fracasso: as distorções ocasionadas – a que um pensamento de tipo cartesiano é, em especial, sensível – facilitam, à partida, a nova erupção ou a pura persistência dos esquemas negativistas. A via tomada pela alteração das circunstâncias, no espaço jusmetodológico francês, não foi um simples acidente cultural. Na sua base estão as características específicas que aí inviabilizaram o florescer da boa-fé, apesar da forte tradição em que se assentava; na sua base, ainda, a posição humanística, mantida na pré-codificação francesa, de silenciar o problema; na sua base, finalmente, as dificuldades que o tema da alteração das circunstâncias – uma intromissão incómoda dos factos no Mundo do Direito – levanta ao pensamento jurídico-sistemático, seja qual for a sua orientação.²²⁵

A própria sequência do Direito no espaço francês²²⁶, portanto, obstaculizou o crescimento das preocupações em torno da revisão dos contratos²²⁷. Tal fato ficará claramente evidenciado no momento em que as consequências das duas Grandes Guerras do início do século XX atingirão os contratos. A resposta a tal grave situação não sairá da dogmática civil, nem de uma jurisprudência criativa. Restará ao legislador exercer o papel principal no atendimento às circunstâncias emergentes desse cenário. No entanto, a crise do Pós-Guerra revelará uma insuficiência da teoria

²²⁵ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Ob. cit.**, p. 964.

²²⁶ A escola exegetica francesa implicava não só uma redução do Direito ao *Code*, mas também uma submissão de todo material romanístico à ideologia que presidiu a codificação francesa. Exemplo emblemático disso é a enclausuração do papel da boa-fé, prevista no artigo 1134, 3, a simples reforço do irrestrito cumprimento do conteúdo contratual: “Do artigo 1134, 3, do *Code*, esvaziou-se qualquer sentido de limitação, por representar um desarranjo à segurança jurídica nas relações económicas. Por outro lado, a conquista desta idéia foi obtida com o sentido de delineado para aquele dispositivo legal, de que a boa-fé serviria como verdadeiro reforço à obrigatoriedade das convenções livremente pactuadas. Nesse sentido, para que os contratos se configurassem como de boa-fé, deveria se atender o que neles se encontrava expresso, bem como aos usos e à equidade. Nisto há uma remissão ao artigo 1135, apresentando-se afeta à boa-fé, a equidade. Trata-se de uma boa-fé que não deriva diretamente da tradição romana dos *bona fidei iudicia*, mas que se reveste de carácter jusracionalista, ao desempenhar o papel de fortalecimento do contrato. Portanto, na contraposição entre o princípio da autonomia da vontade e a boa-fé, este sistema jurídico individualista por excelência trata não apenas de preservar a primazia do primeiro, em detrimento do segundo. E de tal modo a conferir um papel servil á boa-fé capaz de fazer-lhe servir da vontade livre e autônoma. Nesta perspectiva, encontra-se uma boa-fé subjetivada, cujo papel não é outro senão ‘reforçar o peso da autonomia da vontade’. Trata-se de uma maior importância atribuída a esta última, o que implicou restrição profunda à boa-fé.” (PINHEIRO, R. F. **O abuso do direito....**, p. 240-241). A boa-fé é princípio fundamental para compreensão da revisão contratual; tal revisão reducionista explica em boa parte as dificuldades de aceitar a revisão contratual na França.

²²⁷ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, citando diversos acórdãos, p. 958-960; FONSECA, A. M. da. **Ob. cit.**, p. 270-271.

contratual em sua totalidade para atender a uma demanda social completamente diversificada da existente quando de sua formulação. Por essa razão, seu estudo será empreendido no capítulo primeiro da parte segunda deste trabalho, destinada à análise da revisão contratual em meio a crise da teoria contratual.

3.2 A revisão dos contratos na sistemática alemã e a gradativa abertura à problemática revisional: a teoria da pressuposição de Windscheid

Já se aludiu que a construção da sistemática novecentista francesa como a alemã são fechadas e abstratas, de modo a obstaculizar a aproximação do Direito à realidade. Igualmente acentuou-se que ambas partem de idênticas feições ideológicas: atender às pretensões do crescimento político burguês e consolidar as bases do capitalismo emergente²²⁸. Todavia, apesar dessa identificação do modelo sistemático e das finalidades perseguidas, a forma como se desenvolveu cada um desses sistemas jurídicos é diferenciada.²²⁹

O espaço jurídico alemão apresentou uma evolução completamente singular em relação à francesa. Tal não similitude entre França e Alemanha apresenta-se claramente no processo codificatório: os alemães não adotaram a codificação francesa como modelo para regulação de seu Direito. Essa não aceitação germânica do *Code* pode ser em grande parte explicada pela unificação alemã tardia²³⁰: o Estado Nacional alemão só surgiu no último quarto do século XIX, e um dos marcos fundamentais da Escola da Exege é o legalismo, ou seja, a redução de todo o complexo e diversificado material jurídico à norma geral e abstrata construída por um órgão político. Como salienta HESPANHA, em “casos de privação de identidade

²²⁸ Capítulo 2, item 2.1.

²²⁹ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Ob. cit.**, p. 285-286.

²³⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito, p. 75.

política, a consciência nacional não apenas se manifestou de forma mais intensa, cunhando muito fortemente todas as áreas da cultura, como reagiu contra a idéia de que o Estado e o seu direito (legislado) pudessem ser a única forma de manifestar a identidade política e jurídica de uma nação”. Tal fato traz uma consequência fundamental na formação do pensamento jurídico alemão: a valorização das “formas tradicionais e espontâneas de organização política, nomeadamente aquelas mais presentes na tradição nacional, como as antigas formas comunitárias de vida ou as comunas e conselhos medievais”²³¹.

Mas aliada a essa questão política está a particularidade do próprio pensamento alemão, mergulhado em uma metodologia que valoriza o elemento *histórico*.

Catherine COLLIOT-THÉLÈNE salienta que o século XIX foi o século da história.²³² O processo histórico passa a pesar nas reflexões filosóficas e literárias, em especial no ambiente cultural alemão²³³. Igualmente atinge o Direito, daí desenvolvendo-se a Escola Histórica do Direito²³⁴, cujo postulado teórico principal era justamente o antilegalismo.

²³¹ HESPANHA, A. M. **Panorama...**, p. 181. A reação a idéia de um Direito preso á autoridade estatal explica o antilegalismo de grandes expoentes jurídicos alemães, como Savigny.

²³² Como salienta a autora, “quer se tratasse do direito e da política, do estudo das línguas, dos mitos re das lendas, da arte ou da filosofia, a ambição era sempre a mesma: mostrar o que era *próprio* de cada época da cultura, e como esse próprio, ou essa diferença específica, se refletia em todas as dimensões de sua existência. Do extraordinário canteiro que foram, a este respeito, os primeiros decênios do século XIX, alguns nomes emergem, algumas obras traçam o caminho para as ciências comparativas modernas: os irmãos Schelegel e W. V. Humboldt pela gramática comparada; os irmãos Grimm pela filologia; Schleiermacher pela hermenêutica; Savigny pelas ciências jurídicas”. (COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. **Max Weber e a história**, p. 17).

²³³ “Não podemos olvidar que também o século XIX experimentou o prestígio do romantismo alemão, alimentado nos valores da individualidade e da tradição. Para o romantismo, a imaginação e o sentimento, a emoção e a sensibilidade, vêm subsistir a razão como centro de tudo. O tema da natureza lhe é caro, mas não se trata mais do predomínio da razão humana como o elemento distintivo da irracionalidade que vigora no reino animal. A natureza, agora, é aquela representada pelo mundo sensível, em que o individual concreto sobrepõe-se ao abstrato universal. Para o romantismo, a razão não é capaz de tudo gerar a ponto de modificar a ordem natural das coisas, negando, com isso, o passado. Ao contrário, os românticos se inserem na história, buscando o passado como explicação para o presente e como motivação para o futuro.” (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, **ob. cit.**, p. 73). No mesmo sentido, enfatizando a correlação da Escola Histórica do Direito alemã e o romantismo, PINHEIRO, R. F. **Percorso teórico...**, p. 67).

²³⁴ CAMARGO, M. M. L. **Ob. cit.**, p. 74; WIEACKER, F. **Ob. cit.**, p. 405.

O Direito, como fenômeno histórico, segundo pensadores como Savigny e Hugo, não pode se reduzir a um juízo arbitrário de um legislador. O ataque da Escola História era precisamente ao jusracionalismo, que partindo de uma ótica metafísica buscava explicar toda a complexidade social (e, portanto, todo o material de base jurídico) à luz do contrato social²³⁵. Com isso, construía uma nova racionalidade jurídica, baseada em elementos histórico-culturais que deveriam ser apreendidos pela ciência do direito²³⁶.

A valorização do elemento histórico explica a aversão pelos membros da Escola Histórica, especialmente por Savigny, à idéia de codificação, justamente pelo fato de o fenômeno jurídico ser apreendido na evolução cultural de um dado povo (daí a importância do espírito do povo – *Volksgeist*²³⁷). A reação a idéia de codificação é emblemática no sentido da recusa à tese jusnaturalista da universalidade da razão. Como já ressaltado, a visão do Direito pelos jusnaturalista é

²³⁵ HESPANHA, A. M. **Panorama...**, p. 181: “O Estado, tal como surgira dos movimentos políticos contratualistas, era, de facto, uma abstracção. Produto de um contrato idealizado, realizado entre sujeitos ‘puramente racionais, cujo conteúdo decorria das regras de uma Razão a-histórica. O Estado (e o Código) não têm nem lugar, nem tempo. São formas universais, indiferentes a quaisquer particularidades culturais ou nacionais. Era isto que uma cultura de raízes nacionalistas, ancorada nas especificidades culturais dos povos, não podia aceitar. Uma organização política e jurídica indiferenciada, exportável, universalizante, aparecia, quando confrontada com os particularismo das tradições nacionais, como um artificialismo a rejeitar.”

²³⁶ HESPANHA, A. M. *Idem*, p. 182: “O programa da Escola histórica era, justamente, o de buscar as fontes não estaduais e não legislativas do direito. A sua pré-compreensão da sociedade – subsidiária da filosofia da cultura organicista e evolucionista de Herder e do ambiente cultural e político do romantismo alemão – levava-a a conceber a sociedade como um todo orgânico, sujeito a uma evolução histórica semelhante à dos seres vivos, em que no presente se lêem os traços do passado e em que este condiciona naturalmente o que vem depois. Em toda esta evolução, peculiar a cada povo, manifestar-se-ia uma lógica própria, um espírito silenciosamente actuante, o ‘espírito do povo’ (*Volksgeist*), que estaria na origem e, ao mesmo tempo, daria unidade e sentido a todas as manifestações histórico-culturais de uma nação”.

²³⁷ “Savigny vê o direito codificado como expressão do despotismo, porque proveniente e imposto pela razão, de forma estranha aos costumes. Por isso, opõe-se com veemência às teses jurídicas da filosofia das luzes, baseada na teoria do direito natural, imutável e universal, deduzido da razão. Para ele, cada povo tem o seu próprio direito, fundado em elementos culturais como a língua, os costumes e a religião. A tomada de consciência destes elementos seria suficiente para dar origem a um direito não arbitrário e não acidental, mas real. Tal como as teorias organicistas, o direito também não se apresenta como algo imutável, porque se desenvolve com o povo: nasce, cresce, e morre quando perde a sua personalidade. O ordenamento jurídico é, para Savigny, o ‘direito vivo’, que o legislador pode exprimir ou integrar, mas não criar arbitrariamente.” (CAMARGO, M. M. L. **Ob. cit.**, p. 76).

da imutabilidade, da universalidade, de tal modo que o modelo de codificação pode ser adotado em qualquer país, independentemente das especificações culturais e territoriais. A essa visão do Direito a Escola Histórica opõe-se veementemente, o que explica a famosa polêmica entre Savigny e Thibault acerca da codificação alemã.

Os postulados teóricos da Escola Histórica levam a uma recusa ao legalismo e ao universalismo. Isso significa uma repúdio às idéias principais que caracterizam a sistemática francesa, hermética em torno de axiomas centrais imutáveis²³⁸. Mas aliado ao elemento histórico, existia outro elemento também considerado pela Escola Histórica como fundamental para compreensão do Direito: o elemento filosófico, mais especificamente sistemático.

A noção de sistema de Savigny juntava os dados da realidade, apreendidos no meio social, com os dados legais, estabelecidos pelo legislador. À ciência do Direito cabia a missão de ligar esses dados, de modo a efetivar a dinâmica jurídica (o denominado “nexo orgânico”²³⁹). As dificuldades de determinação de critérios para concretização desse elo histórico-sistemático é que, como já dito anteriormente²⁴⁰, fez a Escola Histórica desembocar em uma abstração que contrariava sua premissa principal, ou seja, o elemento sistemático acaba por encobrir a elemento histórico,

²³⁸ Com relação à Escola Histórica do Direito, “avulta, em primeiro lugar, a crítica e o repúdio do referido jusnaturalismo iluminista,, que, no seu volitivo racionalismo, tinha por corolário prático a plana titularidade do direito no legislador – o legislador que assumisse a razão jurídica e a exprimisse em termos legislativo-codificadores. Sabe-se que a codificação foi, na verdade, o resultado jurídico-positivo do jusnaturalismo moderno-iluminista e por isso se compreende que a proposta de THIBAUT (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlicher Rechts für Deuchland*, 1814) para a codificação do Direito civil alemão (visava-se uma unidade jurídica que garantisse a unidade nacional) tenha provocado a decidida oposição de SAVIGNY, pela publicação de seu poderoso ensaio polêmico *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* – exactamente considerado o verdadeiro manifesto da escola histórica e que em conjunto com o texto introdutório, também já aludido, *Über die Zweck dieser Zeitschrift*, lhe traçaria mesmo o seu programa. E se o êxito histórico coube em princípio a SAVIGNY – o Código Civil alemão só viria a ser elaborado na última parte do século -, importante é sobretudo reconhecer que essa crítica significava a recusa de uma concepção estatal do direito e que, postulando em último termo a oposição entre povo e Estado (como agudamente observa DAHM, 121;cfr., no entanto, SAVIGNY, *System*, §§ 9 e 10), o que verdadeiramente traduzia era uma concepção espiritual-cultural e não política do direito.”(CASTANHEIRA NEVES, A. **Ob. cit.**, p. 206-207).

²³⁹ Neste sentido, v. Capítulo 2, item 2.1.

²⁴⁰ Capítulo 2, item 2.1, especialmente nota 92.

recaindo em um dogmatismo e um distanciamento da realidade similares ao da sistemática francesa²⁴¹.

Por essa razão que a Escola Histórica transformou-se em fonte comum de movimentos e pensamentos diferentes entre si²⁴². A valorização do elemento sistemático redundou em um apego exagerado ao formalismo e ao conceitualismo, características da denominada Jurisprudência dos Conceitos e, em termos extremados, da teoria pura do Direito formulada por Kelsen. Já a valorização do elemento histórico será a base da Jurisprudência dos Interesses, de Ihering e Heck, e do Movimento do Direito Livre²⁴³. No entanto, apesar dessa ambigüidade, o pensamento sistemático alemão representa uma abertura, de menor ou maior grau, do Direito à realidade social, abertura esta completamente inexistente no espaço jurídico francês.

Desse modo, a sistemática alemã distingue-se da francesa. Diferentemente da racionalidade centrada em axiomas centrais irreduzíveis presentes no pensamento francês, a sistemática alemã partirá de premissas que levarão em conta dados extraídos da realidade social. Trata-se de uma sistemática “periférica”, como nomina MENEZES CORDEIRO, em que, elementos externos são agregados pelo sistema e giram em torno de uma principiologia nuclear²⁴⁴. Isto é percebido principalmente no viés histórico, mas também se faz presente na valorização sistemática, já que esta,

²⁴¹ “Na medida em que a Escola Histórica conferiu sistematicidade científica ao Direito, ela contestou seu projeto inicial e negou a si mesma, inserindo-se nos quadros do positivismo jurídico. Em outras palavras, deixou-se conduzir do sistema para a história, e não desta para aquele, como inicialmente intencionara”. (PINHEIRO, R. F. **Percorso...**, p. 70).

²⁴² GUERRA FILHO, W. S. **Ob. cit.**, p. 31-32: “O século XIX traz á baila a chamada Escola Histórica, a qual, conforme já aludimos, emprega pela primeira vez a expressão ‘ciência do direito’ (*Rechtswissenschaft, Jurisprudenz*). Nesse momento, instaura-se o confronto que serve de orientação às mais diversas teorias jurídicas aparecidas desde então. Trata-se da oposição entre a concepção sistemática, de caráter formal-dedutivo, representada pelo jusnaturalismo racionalista, e aquela que acentua a inserção histórica e social do Direito, que determina a busca do jurídico onde ele se dê, ou seja, na experiência jurídica dos povos”.

²⁴³ GUERRA FILHO, W. S. *Idem*, p. 32.

²⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, António. Introdução. Prefácio. In: CANARIS, Claus-wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, p. xxxiii.

ainda que abstrata e formalmente, parte de elementos da realidade para composição e recomposição do sistema²⁴⁵.

A sistemática pandectista parte da premissa, extraída da filosofia kantiana, da ordenação lógica de conceitos como principal forma de pensamento. Como explica HESPANHA, “a sistematicidade do direito decorre do facto de ele ser uma emanção de uma todo orgânico, o espírito do povo”,²⁴⁶ inspirada

no formalismo kantiano, que destaca a função estruturante das categorias e dos princípios gerais no conhecimento científico. O que garantiria, daqui em diante, a verdade científica, não seria mais a adequação do pensamento a uma realidade externa (*adaequatio intellectus rei*), mas a coerência interna das categorias do sistema de saber. E o decisivo num saber seria justamente este quadro categorial e não a apreensão atomística e inorgânica da realidade empírica.²⁴⁷

A consequência é um trato absolutamente neutro do material jurídico, em que

o jurista estaria a adoptar um método semelhante aos dos cientistas da natureza que, a partir da observação do real e da elaboração lógica dos resultados dessa observação, extraem princípios gerais subjacentes aos factos empíricos (como a lei da atracção universal, a velocidade da luz, as leis que presidem as combinatórias químicas). Princípios que, por sua vez, não apenas explicam as observações feitas, mas podem ser ainda logicamente combinados, produzindo novos princípios e teorias que, por seu turno, produzem conhecimentos novos sobre a realidade. Ou seja, princípios que não são apenas verdadeiros do ponto de vista formal, mas ainda ontologicamente fundados. No caso do direito, dos princípios e conceitos obtidos pelo tratamento formal do material histórico e legislativo de um direito nacional seriam princípios como o princípio da vontade (*Willensprinzip*) no domínio dos negócios jurídicos, o princípio da elasticidade no domínio da propriedade, o da irrecuperabilidade da anulação de um acto jurídico, etc. (...) Mas justamente porque eram princípios realmente existentes, o jurista, ao formulá-los, não estava a criá-los arbitrariamente em função do seu pontos de vista filosóficos, morais ou políticos. Apenas os estava a identificar e descrever, naturalmente.²⁴⁸

²⁴⁵ “Numa conquista da escola histórica contra o jusracionalismo antecedente, sabe-se que o Direito pertence a uma categoria de realidades dadas por paulatina evolução das sociedades. A sua configuração apresenta-se, pelo menos ao actual estágio dos conhecimentos humanos, como o produto de uma inabarcável complexidade causal que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais. Assim sendo, o Direito deve ser conhecido de modo directo, tal como se apresenta; uma sua apreensão apriorística resulta impossível” (MENEZES CORDEIRO, A. *Idem*, p. xix-xx).

²⁴⁶ HESPANHA, A. M. **Ob. cit.**, p. 185.

²⁴⁷ HESPANHA, A. M. *Idem*, p. 186.

²⁴⁸ HESPANHA, A. M. *Idem*, p. 186-187.

O jurista, portanto, não se prende ao arbítrio do legislador. Embora ainda exista uma forte abstração da realidade social nas vertentes que enfatizaram o elemento sistemático, há uma preocupação metodológica de ligar o sistema a realidade ainda que a partir de preceitos nucleares internos ao sistema. Neste sentido pode-se aduzir, em conformidade com Judith MARTINS-COSTA, que o sistema pandectista criou efetivamente “uma espécie de construção – a dogmática jurídica”, ou seja, “um método de construção do sistema”.²⁴⁹

A particularidade da sistemática germânica²⁵⁰ explica a profusão de obras em torno da problemática da revisão dos contratos. A ligação do sistema a elementos externos propicia, ainda que dentro dos limites de uma sistemática do século XIX, uma preocupação com a realidade subjacente à contratação; desse modo, a sistemática alemã era “detentora de um método capaz de introduzir profundas modificações no tema expresso através da fórmula: *rebus sic stantibus*”, o que se dá principalmente pela “atitude mental dos cultores da terceira sistemática, face à

²⁴⁹ MARTINS-COSTA, J. A **boa-fé...**, p. 213-214. Construção em função do “sistema – e, portanto, o conhecimento sistemático – parte do próprio ‘ser’ do direito. Na sua obra, um outro elemento, pois, se agrega à noção de sistema, modificando-o integralmente em relação às concepções até então vigentes e direcionando-o no porvir. Esse não é uma obra arbitrária que possa provir da vontade do legislador, sistema externo pela qual as regras jurídicas se unem sem qualquer sentido salvo a sua ordem metódica e a estrutura em um corpo articulado de regras. É, ao contrário, algo mais do que o conjunto dos princípios e regras jurídicas em sua complexidade, encontrando-se nas suas instituições o nexo sistemático. O direito é o produto dos costumes e crenças populares, retrabalhadas pela jurisprudência (entendida como ciência do direito); portanto, surge de forças intrínsecas, e não da vontade de um legislador demiúrgico. Nesta perspectiva, a investigação sistemática é um problema de *conhecer*, enquanto o direito é uma questão do *ser*.” (*idem*, p. 216-217).

²⁵⁰ Ressalte-se, mais uma vez, que tal característica, por si só, não eliminou o legado jusnaturalista. O pensamento pandectista, como já visto, retirou muitos dos seus fundamentos do idealismo kantiano, inclusive a noção de sistema e a racionalidade formal. Isso acaba por caracterizar a Escola Histórica como um “paradoxo”, no sentido de criticar o jusracionalismo mas recair nos mesmos postulados jusracionalistas (PINHEIRO, R. F. **Percorso...**, p. 69-70). No entanto, esse fato não impede em diferenciar as premissas fundamentais do jusracionalismo e da sistemática alemã, particularidade esta comprovada com o surgimento de uma série de movimentos que permitirão, em diferentes níveis, a abertura do sistema à realidade social: “A configuração ao Direito e a autoconsciência metodológica parecem, de facto, apontar para o que, neste estudo, se tem chamado de sistemática central; uma delimitação desse tipo somada, para mais à carga racional anterior, de que Kant é expoente máximo reconhecido, conduz, quase com fatalidade, a discursos dedutivos, desenvolvidos a partir de pressupostos centrais axiomatizados. SAVIGNY recusa, no entanto, esse tipo de desenvolvimento, ao apelar para uma formação de conceitos a partir da contemplação intuitiva do que chama de instituições: tal caminho, a dar lugar a conhecimentos unificados, facultaria uma sistemática periférica” (CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 292-293). Nessa ordem de idéias, “enquanto não perder o contacto com a realidade, o sistema de SAVIGNY mantém-se em evolução contínua” (MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, p. 284).

realidade exterior, sempre susceptível de integração periférica e, depois, sistemática, através do poço inegostável constituído pelo *Corpus Iuris Civilis*”²⁵¹. Assim, não se reveste em paradoxo o fato de um dos maiores expoentes da formalista Jurisprudência dos Conceitos, Bernard Windscheid, ter dedicado em 1890 (seis anos antes da aprovação do BGB) um estudo específico à flexibilização do *pacta sunt servanda* em decorrência de alteração das circunstâncias, elaborando uma teoria própria: a teoria da pressuposição²⁵².

Imerso no universo voluntarista da época, o problema inicial de Windscheid era superar a vinculação da alteração das circunstâncias à teoria do erro e aos motivos pessoais que levavam à contratação. Intentou cumprir tal tarefa formulando a idéia de “pressuposição”, tida como “uma condição não desenvolvida”,²⁵³ de modo que “a relação jurídica originada através da declaração de vontade é feita depender de um certo estado de coisas”²⁵⁴.

A pressuposição, então, consistiria em “uma relação de dependência estabelecida, pelo declarante, entre a declaração negocial e certos eventos ou estados de coisas. A sua eficácia emergiria de ser cognoscível pela outra parte”.²⁵⁵ Nessa ordem de idéias, a revisão do contrato está presa ao universo das declarações de vontade, sendo necessário reconhecer “que sob a sua declaração de vontade está uma outra, a verdadeira, i. é., quando, na sua declaração de vontade, o motivo se tenha elevado a pressuposição”.²⁵⁶ Tem cunho essencialmente subjetivista, estando atrelada à vontade das partes²⁵⁷.

²⁵¹ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, p. 967-968.

²⁵² MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, *ibidem*.

²⁵³ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, p. 970. Orlando GOMES define a pressuposição como “embrião de uma condição que não se desenvolveu. A pressuposição seria essa condição nascitura”. (GOMES, O. **Introdução ao direito civil**, p. 409); no mesmo sentido, ALMEIDA COSTA, M. J. de. **Ob. cit.**, p. 292. No mesmo sentido, MORAES, Renato José de. **Cláusula rebus sic stantibus**, p. 69.

²⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, p. 970 e SANTOS, R. B. T. da S. P. dos. **Ob. cit.**, p. 30.

²⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, *ibidem*.

²⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, *ibidem*.

²⁵⁷ Como assevera ROPPO, “sua justificação teórica era a *vontade implícita das partes*” (ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**, p. 1039; tradução livre de “*la sua giustificazione era la volontà implicita*”).

A teoria da pressuposição sofreu inúmeras críticas, centradas basicamente na sua insuficiência em distanciar-se dos motivos que levaram as partes a contratarem²⁵⁸. Esse foi o aspecto, que traria uma evidente insegurança ao tráfego jurídico, ressaltado pela objeção de Otto Lenel. Windscheid não conseguiu, em suma, superar as oposições feitas à teorização de Bártolo a respeito da cláusula *rebus sic stantibus*.

A sua impropriedade maior está no subjetivismo que a preside. A teoria da pressuposição, como uma teoria própria do positivismo do final do século XIX, preocupa-se mais em preservar a vontade das partes do que a comutatividade contratual. Não está em jogo o equilíbrio das prestações, a justiça substancial de uma equânime troca econômica, mas tão-somente o que os contratantes projetaram para si²⁵⁹. Justamente essa busca pela preservação da vontade inicial das partes (e não do

delle parti”). Como condição não desenvolvida, a pressuposição “é uma limitação da vontade do declarante, que este só não desenvolve na própria declaração, porque admite como certa a verificação do evento, a que, se assim não fosse, não deixaria de condicionar a produção dos efeitos da declaração. Assim, embora não o faça expressamente, o declarante não deixa de relacionar a produção de certos efeitos com a verificação de determinado evento. Daqui resulta que, se este evento se não verifica, a produção do efeito não corresponde à vontade efectiva do contraente. Sendo assim, deve o juiz evitar a subsistência do efeito, pois esta só formalmente corresponderia à vontade da parte, faltando-lhe base fundamental que é a correspondência à substancial vontade dela”. (CARVALHO FERNANDES, L. A., **ob. cit.**, p. 60).

²⁵⁸ Como salienta Clóvis do COUTO E SILVA, a preocupação de Windscheid era superar a questão da relevância ou irrelevância dos motivos, sempre colocada em torno da temática da cláusula *rebus sic stantibus*, solução esta vinculada intimamente com a teoria do erro (COUTO E SILVA, C. do. **Ob. cit.**, p. 91). Nessa toada, “Windscheid incluía no conceito de pressuposição não somente a hipótese de erro a respeito dos motivos, como também expectativas não realizadas e ainda certas modificações posteriores das circunstâncias do contrato (‘Die Voraussetzung’, in *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 78/161 e ss.). A crítica que se lhe fez, à época, foi a de que pretendia, na verdade, dar relevância aos motivos, permitindo pudessem ser objeto de anulação os atos em que as circunstâncias supostas pelas partes não viesse a ocorrer na vigência do contrato” (COUTO E SILVA, C. do. *Idem, ibidem*). Como ressalta Inocêncio Galvão TELLES, a pressuposição “não é mais do que o motivo ou conjunto de motivos essenciais de que a parte todavia não fez depender a eficácia do negócio jurídico, ou a convicção de que esses motivos correspondem à realidade” (TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**, p. 247). Windscheid visava essencialmente suplantir a irrelevância dos motivos para configuração do erro (prevista, na nossa atual codificação, no artigo 140), exceptuada a hipótese de serem determinados pelas partes: “Pois bem, segundo a concepção de WINDSCHEID, conquanto se não verificasse este condicionalismo, o enganado, com fundamento na falsa pressuposição de que partira, poderia alcançar por meio da rescisão (*strictu sensu*) um resultado prático igual ou semelhante ao da anulação, e isso era absurdo. O legislador daria com a mão esquerda o que recusava com a direita”. (TELLES, I. G. *Idem*, p. 248).

²⁵⁹ BARLETTA, F. R. **Ob. cit.**, p. 10: “Há que salientar ainda que a formulação de Windscheid tem matiz doutrinária voluntarista, pois a teoria da pressuposição baseia-se, fundamentalmente, no querer do contratante no momento da formação do contrato, considerando até sua vontade mais recôndita, aquela que nem é manifestada, mas que se faz cognoscível”.

equilíbrio contratual) que a transformou em uma teoria de difícil concretização²⁶⁰ e, por conseguinte, fonte de insegurança²⁶¹.

No entanto, a teoria da pressuposição teve o inegável mérito de colocar a revisão dos contratos como um assunto a ser estudado pelos juristas²⁶², isso em um momento de estabilidade econômica. A partir dela, abriram-se várias teorias, inclusive em outros países, como a Itália, em que se desenvolveram as teorias da vontade marginal de Giuseppe Osti (1911) e do erro de Giovenne Achile (1912²⁶³). Mesmo no universo jurídico alemão, apesar da não aceitação da teoria da pressuposição pela maior parte da doutrina, a preocupação em torno da revisão contratual manteve-se, primeiramente com o ressurgimento, ainda que de forma

²⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Ob. cit.**, p. 221-222: “A crítica de OTTO LENEL foi decisiva, tanto mais quanto aceitar, em sua generalidade, a teoria da pressuposição seria abrir portas ao que está na mente do outro figurante, ou que não está nítido na mente dos dois, para se atender a alguns casos que não justificariam quebrarem-se as linhas retas dos princípios. No fundo, o mesmo mal das chamadas teorias da cláusula *rebus sic stantibus*. Ou a teoria da pressuposição se reduz à da cláusula *rebus sic stantibus*, ou se trata de afirmação de existir condição tácita ou implícita, ou desatende a que, nos negócios jurídicos bilaterais, pode levar a se atender ao que só um dos figurantes pressupôs”. Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 974, GOMES, L. R. de F. **Ob. cit.**, p. 156 e MORAES, R. J. de. **Ob. cit.**, p. 69-70.

²⁶¹ OLIVEIRA, A. J. de. **Ob. cit.**, p. 143-144: “Em última análise, a teoria é falha, porque sumamente subjetiva, isto é, esse pressuposto deveria constar expressamente no contrato e como sabemos e aqui apregoamos no Direito nós devemos sempre trabalhar coisas certas, estáticas, objetivas. Essa idéia que está no íntimo não interessa ao Direito. Confunde ele, então, condição-causa com motivo”. Nessa ordem de idéias, muitos autores salientam que “ela é muito mais lata que a cláusula *rebus sic stantibus*, pela qual somente a mudança futura e imprevista daquele estado de coisas, que teria sido a base do fato do contrato, seria atendível”. Assim, além da teoria da pressuposição não superar as críticas que com frequência eram opostas à cláusula medieval, centradas na imprecisão e insegurança, acabou por agravar tais fatores, daí as objeções seqüentes (nesse sentido, OTHON SIDOU, J. M., **ob. cit.**, p. 39). A insegurança reside no próprio fato de se apegar ao subjetivismo; essa crítica não significa adotar a segurança como valor em si, já que o fim perseguido com a revisão contratual é propiciar a concretização de um contrato humano, equânime e solidário (alcançável mediante a flexibilização do *pacta sunt servanda*). Sobre tal aspecto, v. Parte II, cap. 3.

²⁶² MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 968; no mesmo sentido. TELLES, I. G. **Ob. cit.**, p. 249.

²⁶³ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, p. 980. O recorte temático do presente trabalho (busca do papel da revisão dos contratos no direito contratual brasileiro contemporâneo) não induz a análise de todas as doutrinas que buscaram, de alguma forma, explicar e fundamentar a revisão dos contratos por alteração das circunstâncias. Somente serão expostas no decorrer da pesquisa as principais, que de certa maneira impulsionaram a reflexão em torno da matéria, acarretando um desenvolvimento, especificamente no Brasil, teórico e prático (na atividade jurisprudencial) posterior mais efetivo. Sobre as várias doutrinas acerca da revisão dos contratos por alteração das circunstâncias, v., por todos, BORGES, N. **Ob. cit.**, p. 162-263.

bastante reducionista, da velha cláusula *rebus sic stantibus*²⁶⁴, posteriormente, já sob a influência da Primeira Guerra Mundial, com a formulação da teoria da base negocial por Paul Oertmann (1921²⁶⁵).

Em que pese o grande prestígio de Windschied, a teoria da pressuposição não foi incorporada ao Código Civil alemão²⁶⁶. A razão dessa não aceitação reside no crescimento das teses individualistas no cenário jurídico germânico, propiciado pelo surgimento de uma burguesia industrial e pelo advento de grandes cidades²⁶⁷. O BGB, então, reveste-se de uma feição liberal própria a atender a essa nova realidade social, de modo a transformar-se em um código marcadamente burguês,

que consagra a liberdade de contratar (§ 305), a liberdade de propriedade, especialmente a propriedade fundiária (§ 903), e a liberdade de testar (§ 1937), aí com a limitação da ‘legítima’. O silêncio do Código é, todavia, como afirma Franz Wieacker, ainda mais expressivo: o § 139 nada refere quanto à consideração do justo preço e afasta a *laesio enormis*, conhecida do direito comum; o § 441 e as exceções dos §§ 321 e 610 excluem a cláusula *rebus sic stantibus* e as cláusulas gerais, notadamente as dos §§ 242 e 826, que tanta importância teriam para a sobrevivência do BGB no duplo pós-guerra²⁶⁸.

Desse modo, a teoria da pressuposição terá maior aceitação em outros espaços jurídicos, especialmente na Itália e em Portugal²⁶⁹. Mas a repercussão das reflexões em torno da problemática da revisão dos contratos começará efetivamente a ganhar consistência no cenário Pós-Guerra, em que a crise econômica transforma a

²⁶⁴ Destacam-se, nessa seara, Stammler, Pfaff, Stahl, Kaufmann, Krückmann Fritze (Sobre o desenvolvimento do pensamento alemão em torno dos contratos, MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, p. 985-997).

²⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, p. 1.032. Sobre a teoria da base negocial de Oertmann, já sob o influxo da crise do Pós-Guerra, v. Parte II, Cap. I.

²⁶⁶ BARLETTA, F. R. **Ob. cit.**, p. 9.

²⁶⁷ MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé...**, p. 229: “Na segunda metade do século XIX, superado o caos econômico conseqüente às guerras do início do século que haviam depauperado sobremaneira a agricultura, a Alemanha ingressara, contudo, em plena era do capitalismo industrial. As estradas de ferro haviam mudado a face da sociedade então marcada pelo signo da mobilidade: mercadorias e informações, pessoas e idéias eram levadas rapidamente de um lugar para outro. O mundo se unificava através do progresso das comunicações e ‘o tempo havia-se convertido em dinheiro’”.

²⁶⁸ MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé...**, p. 233.

²⁶⁹ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, p. 968.

questão de meramente acadêmica²⁷⁰ em necessária solução de casos concretos. E, nessa seara, a abertura propiciada pela sistemática periférica tedesca faz com que as teorizações em torno da revisão dos contratos sejam mais constantes e frutificantes no pensamento jurídico alemão²⁷¹.

3.3 O silêncio do Código Civil brasileiro de 1916 a respeito da revisão contratual: a irrestrita adoção das premissas da teoria contratual tradicional pelo primeiro codificador pátrio

Conforme exposto no item anterior, o cenário jurídico alemão já se debruçava sobre a questão da revisão contratual. Assim, apesar da omissão da codificação germânica, a problemática em torno da cláusula *rebus sic stantibus* não era de todo ignorada pelo pensamento jurídico europeu. Tal fato deveria repercutir no Brasil, pois a primeira codificação nacional somente surgiu na segunda década do século XX, fortemente influenciada, como se sabe, pelo espaço jurídico alemão²⁷².

Outro fator que poderia pesar em favor da adoção, pelo primeiro codificador brasileiro, de disposições acerca da revisão dos contratos por fatos supervenientes é o legado lusitano que inevitavelmente influenciou o Direito pátrio. Clóvis do COUTO E SILVA aponta duas características fundamentais da cultura jurídica brasileira: a primeira é o “centralismo”, consistente na atenção dada a um determinado estatuto normativo (no caso específico de Portugal, as ordenações) que

²⁷⁰ Em face da estabilidade econômica presente à época (COUTO E SILVA, C. do. **Ob. cit.**, p. 91).

²⁷¹ As “falhas” da teoria da pressuposição “não resultaram, porém, de uma irredutibilidade de base ao sistema – como terá acontecido com a teoria da imprevisão – mas de dificuldades de formulação. O tema das alterações das circunstâncias mantinha-se, pois, em aberto. Havia que lhe dar uma resposta” (MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 985).

²⁷² O Código brasileiro de 1916 foi influenciado pelas codificações francesa e alemã (BARLETTA, F. R. **Ob. cit.**, p. 47). Mas, como aduz PONTES DE MIRANDA, “as fontes alemãs foram as mais importantes e por vezes os outros Códigos foram veículos das influências alemãs e austríacas” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**, p. 93). Ressalta-se: “em tudo que se alterou, foi o *Esboço* a fonte principal” (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Idem, ibidem*). A obra ímpar de Teixeira de Freitas é fortemente influenciada pelo pensamento alemão, especialmente por Savigny, a quem o grande mestre brasileiro chamava de “sábio” (MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé...**, p. 248).

colocava em segundo plano os costumes²⁷³. A segunda é o “bartolonismo”. Com esse termo o mestre aponta a influência fundamental exercida pela doutrina, a ponto de tornar-se “verdadeira fonte de direito”²⁷⁴. Tal característica igualmente remonta às velhas ordenações portuguesas que, lacunosas ao extremo, eram integradas pelo “direito comum”, isto é, o Direito romano. O bartolismo é acima de tudo um método que revela a tendência a unir peculiaridades locais a doutrinas universais, de modo a caracterizar o universo jurídico português como aberto a doutrina estrangeiras em relação a questões nacionais²⁷⁵.

O tema da revisão dos contratos é emblemático no que se refere ao centralismo e ao bartolismo. As anotações feitas pelos pós-glosadores, em especial as de Bártolo, como fonte de integração das ordenações²⁷⁶, aliado à problemáticas tipicamente portuguesas, tais como as relativas a contratos de arrendamentos e enfiteuse²⁷⁷, impulsionaram no período que vai dos séculos XV a XVIII (o respeito concedido aos comentadores só seria diminuído com a reforma pombalina) doutrina e jurisprudência a enfrentarem questões relativas a revisão contratual.

²⁷³ “A partir das Ordenações Afonsinas, Portugal passou a contar com uma legislação unitária e centralizada. A filosofia que impregnou as Ordenações a partir das primeiras, as Afonsinas (1446 ou 1447), foi a de coordenar a legislação, dar-lhe a unidade – ao mesmo tempo em que se manifestou a decadência do Direito local e consuetudinário – mantida pelas posteriores Ordenações Manuelinas e Filipinas. O centralismo é, assim, um fenómeno antigo no Direito português, não havendo lugar para a discussão a respeito da superioridade do Direito costumeiro ou local, pois o Direito Romano não foi apenas o inspirador da legislação geral portuguesa, mas também importante fonte subsidiária” (COUTO E SILVA, Clóvis do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva** (Org.: FRADERA, Vera Maria Jacob de), p. 13). No mesmo sentido, analisando a codificação brasileira de 1916, AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil – as obrigações e os contratos, p. 19.

²⁷⁴ MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé...**, p. 241. COUTO E SILVA, C. do. *Idem*, p. 15: “No sentido de manter íntegro o sistema de Ordenações, as lacunas eram preenchidas pela aplicação do Direito Romano e do Canônico e, no que fossem omissos, pelas glosas de Acúrsio e Bártolo, salvo se fossem contrárias à *communis opinio doctorum*”.

²⁷⁵ O bartolismo “indica o fato de as sentenças judiciais refletirem as opiniões de autores de diversos sistemas jurídicos, servindo-se os juizes de autores nacionais e de outros países, ‘como se existisse ainda um ‘Direito Comum’ supranacional’”. (MARTINS-COSTA, J. *Idem*, *ibidem*).

²⁷⁶ O fato de Bártolo ser a principal fonte subsidiária do Direito português nos séculos XV-XVII não levou a uma recepção direta da cláusula *rebus sic stantibus*, como se verá a seguir. No entanto, a metodologia própria do bartolismo – abertura ao pensamento estrangeiro (no caso, o Direito romano veiculado nas glosas e nos comentários) visando à resolução de particularidades locais – proporcionará um rico desenvolvimento doutrinário em torno do tema.

²⁷⁷ CARVALHO FERNANDES, L. A. **Ob. cit.**, p. 151-152.

Desse modo, os praxistas portugueses, ainda que não se referissem diretamente à cláusula tácita *rebus sic stantibus* formulada por Bártolo, preocuparam-se com a temática da revisão dos contratos decorrente de alteração das circunstâncias. Resta evidenciado, portanto, a abertura a doutrinas estrangeiras (particularmente dos comentaristas) para resolução de problemas locais, característica típica do bartolismo.²⁷⁸

Assim, questões trabalhadas por autores portugueses dos séculos XVI e XVII demonstram a iniciativa de flexibilização da rigidez contratual: Manuel Gonçalves da Silva, valendo-se dos escritos de Mantica, referiu-se à lesão superveniente para explicar a alteração de circunstâncias que afeta um contrato;²⁷⁹ Ario Pinhel²⁸⁰, Melchior Febo²⁸¹, Álvaro Valasco²⁸² e Francisco Pinheiro²⁸³ relativizaram os rigores da obrigatoriedade contratual na hipótese de esterilidade superveniente do imóvel em contratos de arrendamento e enfiteuse, desde que a esterilidade fosse resultado de um fato imprevisível e acarretasse uma lesão enorme.

Também enfrentaram-se hipóteses que ainda são discutidas atualmente, tais como o despejo do arrendatário em razão da necessidade do imóvel pelo senhorio (seja para realização de obras, seja para moradia - igualmente Gonçalves da Silva²⁸⁴ e Valasco, Mauro Ludovico de Lima e Miguel de Reynoso²⁸⁵) e a desvalorização da moeda (Gonçalves da Silva e Mauro Lima²⁸⁶), levando-se em consideração o fato de se agravar no tempo o motivo do despejo e a necessidade “de evitar que, por efeito

²⁷⁸ Assim, “Bartolismo e um certo desenvolvimento autónomo nacional informam, no essencial, a tradição jurídica portuguesa de alteração de circunstâncias” (MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Ob. cit.**, p. 908).

²⁷⁹ Alargando o conceito de lesão, presente no momento da formação do contrato, para abranger o fenómeno da alterações das circunstâncias, posterior ao contrato (CARVALHO FERNANDES, L. A. **Ob. cit.**, p. 152 e BORGES, N. **Ob. cit.**, p. 240).

²⁸⁰ CARVALHO FERNANDES, L. A. **Ob. cit.**, p. 154.

²⁸¹ CARVALHO FERNANDES, L. A. *Idem*, p. 154-155.

²⁸² CARVALHO FERNANDES, L. A. *Idem*, p. 155.

²⁸³ CARVALHO FERNANDES, L. A. *Idem*, p. 156.

²⁸⁴ CARVALHO FERNANDES, L. A. *Idem*, p. 160.

²⁸⁵ CARVALHO FERNANDES, L. A. *Idem*, p. 160.

da modificação do valor da moeda, o contrato passe a ter significado diverso do que tinha à data da celebração”²⁸⁷. Outra questão então debatida foi a renúncia aos casos fortuitos, que, segundo o entendimento à época, não abrangeria “os insólitos e não pensados pelas partes”²⁸⁸.

Alguns autores formularam soluções às questões ventiladas de conteúdo absolutamente igual ao da cláusula *rebus sic stantibus*, embora assim não as nominassem (Didaco de Brito, por exemplo²⁸⁹). Cabedo, todavia, referiu-se expressamente à cláusula em caso de alteração da medida de trigo para pagamento de foro enfitêutico²⁹⁰. Da mesma forma que a doutrina preocupava-se com temática da revisão dos contratos, os tribunais foram chamados a resolver questões dessa natureza²⁹¹ e,

por vezes, talvez sem a verdadeira consciência do alcance das soluções defendidas, ou até com justificações menos correctas, aceitaram que se atendesse a certas circunstâncias surgidas na vida do contrato, para justificar que a parte interessada deixasse de o cumprir integralmente. As solicitações de cada caso e o imperfeito conhecimento do sentido do problema levaram, porém, às soluções mais diversas, pelo que não é fácil formular uma orientação geral²⁹².

Apesar de inexistir um princípio geral em torno da cláusula *rebus sic stantibus* (reflexo da omissão das ordenações), o universo jurídico português conheceu a problemática da revisão contratual e em muitos momentos relativizou os rigorismos do princípio da obrigatoriedade dos contratos. Essa tendência perduraria até o crescimento em Portugal das teses individualistas e liberais que, a partir da

²⁸⁶ CARVALHO FERNANDES, L. A. *Idem*, p. 161.

²⁸⁷ CARVALHO FERNANDES, L. A. *Idem, ibidem*.

²⁸⁸ CARVALHO FERNANDES, L. A. *Idem*, p. 158.

²⁸⁹ CARVALHO FERNANDES, L. A. *Idem*, p. 156-157.

²⁹⁰ CARVALHO FERNANDES, L. A. *Idem*, p. 157-158.

²⁹¹ Especialmente no que se refere à esterilidade superveniente (CARVALHO FERNANDES, L. A. *Idem*, p. 162).

²⁹² CARVALHO FERNANDES, L. A. *Idem*, p. 161-162.

reforma pombalina, culminariam na construção do Código de Seabra, em 1867, fortemente influenciado pelo Código de Napoleão²⁹³.

A adoção da perspectiva liberal, especialmente a partir da primeira codificação portuguesa, silenciou a tradição dos praxistas portugueses. No entanto, o método caracterizado pela abertura à doutrina estrangeira ligada a particularidades nacionais permaneceu (a própria Lei da Boa Razão trouxe ao universo jurídico português o uso moderno do Direito Romano efetivado nas nações cultas européias²⁹⁴). Nesse sentido, as doutrinas acerca da revisão dos contratos, especialmente as desenvolvidas na Alemanha, terão grande repercussão em Portugal.

Essa tradição portuguesa obviamente influenciou o Brasil. Assim, o cenário jurídico brasileiro foi fortemente marcado pela abertura às novidades estrangeiras aliado à preocupação com problemáticas tipicamente nacionais²⁹⁵. Tal fato auxilia a compreensão de como se absorveu em território brasileiro o influxo das idéias

²⁹³ “Com mais ou menos rigor de soluções, a doutrina portuguesa teve consciência do problema levantado pelo facto de na subsistência de contratos que, por natureza, se destinam a perdurar no tempo, se alterar o condicionalismo existente no momento da celebração. Em muitos pontos se deram soluções aceitáveis para tal problema, podendo dizer-se, em confronto com o que antes dissemos, que a doutrina portuguesa não desmerece neste aspecto da estrangeira.” (CARVALHO FERNANDES, L. A. *Idem*, p. 163).

²⁹⁴ A Lei da Boa Razão altera a fonte subsidiária das Ordenações: das glosas para o uso moderno do Direito Romano. No entanto, embora tenha mudado a fonte da atividade subsidiária, o método “bartolista” permaneceu, como esclarece Judith MARTINS-COSTA: “rejeitando o direito romano, afastando a autoridade dos antigos jurisconsultos, determinou Pombal, como critério de preenchimento das lacunas – buscando ‘o precaverem com sábias providências as interpretações abusivas’ para alcançar ‘aquela provável certeza que só pode conservar entre [os súditos] o público sossego’ -, fosse averiguado pelo aplicador o uso moderno das leis romanas entre as nações cultas da Europa. De novo, pois, recorria-se ao que já fora indicado pelo ‘espírito’ do método de Bártolo, isto é, à *reconciliação entre o universal e o regional*”. (MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé...*, p. 245).

²⁹⁵ Igualmente justifica a abertura à doutrinas contrárias à ideologia e ao perfil dado na codificação de 1916. Assim, a doutrina nacional se dedicará às teorias européias acerca da revisão dos contratos: “Por fim, o Direito subsidiário, no longo espaço de tempo em que foi praticado, especialmente a partir da Lei da Boa Razão, fez com que muitos juristas observassem com interesse as idéias dos juristas e das legislações estrangeiras, porquanto a solução do caso dependa da ‘descoberta’ da opinião do autor que, em face do caso concreto, representasse a *rectio ratio*. A ‘boa razão’ consistia, principalmente, segundo o § 9º da lei 18.08.1769, ‘nos primitivos princípios que contêm verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis, que a ética dos mesmos romanos havia estabelecido e que os Direitos Romano e Natural formalizaram...’”. A consequência foi que “ficou, de tudo, o gosto – maior, talvez, em Portugal que no Brasil, e ainda em pleno vigor em nossos dias – em argumentar com as opiniões de autores e textos estrangeiros em confronto e complementação do Direito nacional. Esse intercâmbio de idéias pode ser considerado como uma permanente recepção do Direito estrangeiro, com o que se supera o fatal imobilismo dos códigos”. (COUTO E SILVA, C. do. *O Direito Civil...*, p. 20-21).

liberais em uma realidade marcadamente desigual presidida por uma ordem política oligárquica.

Uma das características da história jurídica brasileira foi o tardio processo de codificação²⁹⁶. Inerente a ela está a não aceitação imediata do modelo codificatório francês, que houvera conquistado espaços jurídicos de larga tradição, como o italiano, por exemplo²⁹⁷. Essa recusa inicial ao *Code* pode ser justificada por dois grandes motivos: primeiro, a estrutura social brasileira, drasticamente desigual na qual coexistiam uma oligarquia rural sustentada por uma economia agrária voltada a exportação e uma massa de miseráveis e escravos marginalizados; segundo, o crescimento dos estudos de legislações e doutrinas estrangeiras, especialmente a alemã, por força de intelectos como o de Teixeira de Freitas e Tobias Barreto, mentor da chamada Escola de Recife.

O primeiro motivo leva a uma efetiva ambigüidade: as idéias liberais, como já visto, partem de noções como a de liberdade pessoal, igualdade formal e livre circulação de riquezas. Tais postulados ideológicos são completamente incompatíveis com uma economia escravocata, em que boa parte da população sequer poderia ser considerada como sujeito de direito²⁹⁸ (mesmo após a abolição da

²⁹⁶ Como anota Keila GRIMBERG, a codificação brasileira é tardia “mesmo em relação aos seus vizinhos de continente: Bolívia, Peru, Chile, Equador, Venezuela, Uruguai e Argentina tiveram seu direito civil codificado antes do Brasil”. (GRIMBERG, Keila. **Código civil e cidadania**, p. 8).

²⁹⁷ COUTO E SILVA, C., O Direito Civil..., p. 12.

²⁹⁸ Trata-se do choque entre uma ideologia burguesa, fundada em uma ordem formalmente igualitária visando à estrutura mercadológica, tida à época como progressista rumo à modernização do país, e uma ideologia oligárquica, calcada na exploração de escravos e, portanto, baseada em uma estrutura desigual e hierarquizada. Nesse confronto, a idéia de um código civil é extremamente complexa: “Durante pelo menos o século XIX, havia pessoas que tinham contratos de compra, venda aluguel, trabalho, sem serem consideradas pela lei civil plenamente capazes de fazê-lo, já que exerciam as obrigações mas não dispunham dos direitos correspondentes. Menores trabalhavam, mas não podiam defender-se em juízo. Mulheres casadas geriam fortunas mas não dispunham de livre direito para fazer seus testamentos. Protestantes e judeus não podiam ter seus casamentos reconhecidos pelo Estado, já que não se casavam na Igreja católica. Escravos urbanos alugavam seus serviços e repartiam os ganhos com seus senhores, mas nem por isso deixavam de ser escravos.” (GRINBERG, K. **Ob. cit.**, p. 9-10). O problema da escravidão é delicado no Brasil porque os escravos ora eram considerados como coisas (no comércio e nas relações com o senhor) ora como pessoas (especialmente com relação à legislação penal, já que podiam ser considerados criminosos, ou seja, tinham responsabilidade criminal, mas também nas relações civis, já que podiam conseguir a alforria junto ao senhor – *idem*, p. 53 e 55). Isso porque a escravidão por si só não é incompatível com um Código Civil, desde que os escravos sejam considerados exclusivamente como coisas (GRINBERG, K. *Idem*, p. 48-49).

escravatura a estrutura se manteve: os escravos transformaram-se em trabalhadores rurais “desumanamente explorados”:

Assim, a economia brasileira manteve-se, no Império, e no primeiro quartel da República, tipicamente colonial. A dependência econômica acarretou a vinculação espiritual. Nas cidades, que floresciam como empórios de mercadorias importadas, a burguesia mercantil imitava, nos hábitos sociais, no estilo de vida, e na própria institucionalização das idéias, as camadas superiores de povos de estrutura econômica e social muito mais desenvolvida, dando uma falsa impressão de progresso cultural. Aquela aparência de civilização, brilhantemente ostentada em meia dúzia de capitais, especialmente na federal, contrastava, de modo chocante, com o atraso geral, em que permaneciam, principalmente, as populações do campo. Como a economia do país estava baseada na exploração de terra por processos primários e dependia do mercado externo, a renda dos fazendeiros só poderia ser obtida mediante desumana exploração do trabalhador rural, realizada, impiedosamente, em larga escala. Por sua vez, o comerciante, tanto importador como exportador, tinha interesse vital na conservação desse sistema. Desse modo, os grupos dominantes da classe dirigente – a burguesia agrária e a burguesia mercantil – mantinham o país subdesenvolvido, porque era a condição de sobrevivência de seus privilégios econômicos e da sua ascendência social no meio em que viviam.²⁹⁹

Ademais, o liberalismo visava atender interesses de uma específica classe, a burguesa. O Brasil não passou por um processo de revolução burguesa, como ocorreu em diversas nações européias (a burguesia, ainda incipiente, reduzia-se à importação de bens necessários ao mercado interno³⁰⁰). Essa ordem de coisas levou a um inevitável processo de *importação e adaptação* de idéias externas, ao contrário da história das nações cultas européias, em que houve a *construção* de um ideário liberal a partir da luta social³⁰¹.

²⁹⁹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**, p. 26.

³⁰⁰ “Eram profundamente contraditórias as aspirações de liberdade entre diferentes setores da sociedade brasileira. Para a população mestiça, negra, marginalizada e despossuída, o liberalismo, simbolizado na independência do país, significava a abolição de preconceitos de cor, bem como a efetivação da igualdade econômica e a transformação da ordem social. Já para os estratos sociais que participaram diretamente do movimento de 1822, o liberalismo representava instrumento de luta visando à eliminação dos vínculos coloniais. Tais grupos, objetivando manter intactos seus interesses e as relações de dominação interna, não chegaram a ‘reformular a estrutura de produção nem a estrutura da sociedade. Por isso, a escravidão seria mantida, assim como a economia de exportação’”. (WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**, p. 76).

³⁰¹ Dessa forma, “O Estado liberal brasileiro, como qualifica Trindade, nasceu ‘em virtude da vontade do próprio governo (da elite dominante) e não em virtude de um processo revolucionário’. O liberalismo apresentava-se, assim, desde o início, como ‘a forma cabocla do liberalismo anglo-saxão’ que em vez de identificar-se ‘com a liberação de uma ordem absolutista’, preocupava-se com a ‘necessidade de ordenação do poder nacional’”. (WOLKMER, A. C. *Idem*, p. 77).

Formou-se, então, no Brasil, um liberalismo específico, cuja característica principal era o conservadorismo, de modo a adequar o “progresso” das idéias liberais com as necessidades de uma sociedade absolutamente desigual e hierarquizada. Essas contradições são claramente refletidas na Codificação brasileira de 1916. Como aduz Orlando GOMES, a primeira codificação brasileira foi marcada por um “privatismo doméstico”, que esconde as contradições sociais em nome do círculo familiar³⁰². O direito de propriedade é concebido como absoluto³⁰³ e a liberdade de contratar tida como intocável, especialmente em relação aos vínculos de trabalho³⁰⁴.

As idéias liberais servem de mecanismo a lubrificar as condições específicas da realidade brasileira³⁰⁵. Com isso, exercitam uma clara função: construir uma áurea de progresso em torno das contradições sociais e da feição econômica do Brasil dos séculos XVIII e XIX. O Código Civil era, então, o paradoxo do conservadorismo e do progresso³⁰⁶. Esse foi o espírito que presidiu a codificação

³⁰² GOMES, O. **Raízes históricas...**, p. 14.

³⁰³ Não somente confere poderes proprietários ilimitados (CORTIANO JUNIOR, E. **Ob. cit.**, p. 104), como também concebe o patrimonialismo como valor fundamental: “O Código Civil brasileiro pretérito, a par de ser patrimonial-imobiliário, portanto, um sistema nucleado em torno de uma noção patrimonial fundamental, de patrimônio imobiliário como prevalente, é coerente com a feição dos códigos do século XIX e foi fundamentalmente feito no século passado”. (FACHIN, L. E. **Teoria crítica...**, p. 29).

³⁰⁴ GOMES, O. **Raízes históricas...**, p. 34.

³⁰⁵ GOMES, O. *Idem*, p. 14.

³⁰⁶ “Se assim era, por que a unanimidade dos juristas da época sobre a necessidade do Código Civil? Se pudéssemos perguntar a algum jurista daquela época, da Escola de Direito de Recife ou da Escola de Direito de São Paulo, a sua opinião sobre a importância da codificação, nenhum teria dúvidas em afirmar que ele era fundamental para o futuro do país. Qualquer um diria que o direito era a porta de entrada para a civilização, e era impossível adentrá-la sem a codificação do direito civil. Isso porque, desde aproximadamente a década de 1870, a formação de bacharéis em direito estava embebida do espírito positivista e evolucionista que caracterizavam o pensamento científico á época. Acreditavam que as sociedades evoluíam positivamente, e que era possível alcançar um estágio superior através da elaboração de boas leis. Quanto melhores e mais avançadas as leis, melhor e mais avançada a sociedade: um passo adiante no caminho do progresso. Assim, mesmo sabendo que, no fundo, a promulgação do Código Civil não tinha capacidade de resolver todos os problemas sociais de uma vez só, também achavam que, sem ele, a sociedade ficaria atrasada, deixada á influência dos costumes. E nada pior, naquela época, para esses juristas que se acreditavam ‘os eleitos da nação’. Os costumes significavam tradição, a tradição pertencia ao passado, e passado era, no Brasil, sinônimo de colonialismo, catolicismo e escravidão. O progresso, ao contrário, seria alcançado pela implementação de medidas liberais, das quais a codificação era uma das mais importantes”. (GRINBERG, K. **Ob. cit.**, p. 32-33).

brasileira de 1916: a ambigüidade entre o liberalismo e o conservadorismo, características do que WOLKMER denominou “liberalismo pátrio”:

O que sobretudo importa ter em vista é esta clara distinção entre o liberalismo europeu, como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza, e o liberalismo brasileiro canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terras e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial. Essa faceta das origens de nosso liberalismo é por demais reconhecida, indubitavelmente, porque a falta ‘de uma revolução burguesa no Brasil restringiu a possibilidade de que se desenvolvesse a ideologia liberal nos moldes em que ocorreu em países como Inglaterra, França e Estados Unidos’. Nesses países, o liberalismo foi a doutrina política libertadora que representou a ascensão da burguesia contra o absolutismo, ‘tornando-se conservadora á medida que a burguesia se instala no poder e sente-se ameaçada pelo proletariado’. Já no Brasil, o liberalismo expressaria a ‘necessidade de reordenação do poder nacional e a dominação das elites agrárias’, processo esse marcado pela ambigüidade da junção de ‘formas liberais sobre estruturas de conteúdo oligárquico’, ou seja, a discrepante dicotomia que iria perdurar ao longo de toda a tradição republicana: a retórica liberal sob a dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob a aparência de formas democráticas. Exemplo disso é a paradoxal conciliação “liberalismo-escravidão”.³⁰⁷

A adequação entre as particularidades nacionais e o liberalismo europeu³⁰⁸ certamente explica a demora no processo codificatório brasileiro e a não aceitação do *Code*. Mas, aliado a isso, um segundo motivo afastou a realidade jurídica nacional do sistema da codificação francesa: os crescentes estudos do universo jurídico alemão. Nesse particular, a compreensão das idéias de Savigny e outros autores germânicos, efetivada em especial por Teixeira de Freitas³⁰⁹, proporcionou um apuro técnico invejável ao Código Civil brasileiro de 1916.

³⁰⁷ WOLKMER, A. C. *Idem*, p. 75-76. Tal ambigüidade influenciou detidamente a codificação brasileira de 1916: “A classe média, que o preparou por seus juristas, embora forcejasse por lhe imprimir um cunho liberal e progressista, estava presa aos interesses dos fazendeiros, que, embora coincidentes imediatamente com os da burguesia, não toleravam certas ousadias. Numerosas e concludentes são as provas de que o pensamento dominante na elaboração do Código Civil sofreu a influência desse desajustamento interno entre os interesses da classe dominante”. (GOMES, O. **Raízes históricas...**, p. 31).

³⁰⁸ Como explica WOLKMER, o bacharelado da virada do século XX vivia uma espírito liberal abstrato, completamente desvinculado com a realidade social nacional: “O bacharel assimilou e viveu um discurso sócio-político que gravitava em torno de projeções liberais desvinculadas de práticas democráticas e solidárias. Privilegiavam-se o fraseado, os procedimentos e a representação de interesses em detrimento da efetividade social, da participação e da experiência concreta. Concomitantemente, o caráter não-democrático das instituições brasileiras inviabilizava, também, a existência de um liberalismo autenticamente popular nos operadores do Direito.” (WOLKMER, A. C. **História do direito...**, p. 101).

³⁰⁹ COUTO E SILVA, C. do. O Direito Civil brasileiro..., p. 17) e MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé...**, p. 247-248).

Clóvis Beviláqua foi professor de legislação estrangeira e teve sua formação na chamada Escola de Recife, fortemente influenciada pela ciência jurídica alemã³¹⁰. Assim, a sistematização empreendida levaria mais em conta o espaço cultural alemão que propriamente o francês³¹¹.

Liberalismo, conservadorismo, apuro técnico-sistemático: eis o perfil do Código Civil Brasileiro de 1916³¹². Reflete, em suma, a incorporação do pensamento europeu do século XIX no momento em que este já apresentava sinais de crise e deterioração³¹³. Nesse sentido, a primeira codificação brasileira,

em que pesem seus reconhecidos méritos de rigor metodológico, sistematização técnico-formal e avanços sobre a obsoleta legislação portuguesa anterior, era avesso às grandes inovações sociais que já se infiltravam na legislação dos países mais avançados do Ocidente, refletindo a mentalidade patriarcal, individualista e machista de uma sociedade agrária preconceituosa, presa aos interesses dos grandes fazendeiros de café, dos proprietários de terra e de uma gananciosa burguesia mercantil.³¹⁴

No que se refere à matéria obrigacional, o Código Civil brasileiro de 1916 acatou de forma absoluta as premissas da teoria contratual tradicional, que atendiam de forma razoável às pretensões da época (próprias do aludido “liberalismo pátrio”). Elevou a liberdade e a propriedade como pilares fundamentais, concebendo o contrato como produto exclusivo da vontade dos contratantes e somente por

³¹⁰ “A influência do Direito germânico cresce no Direito brasileiro com a orientação que lhe deu Tobias Barreto, conhecida sob a denominação de *Escola do Recife*. O Código Civil brasileiro recebe em grande medida estas novas idéias, pois seu autor era um dos corifeus dessa orientação cultural”. (COUTO E SILVA, C do. O Direito Civil brasileiro..., p. 18).

³¹¹ “Clóvis Beviláqua era um professor, disto resultando um código de cunho doutrinário, no qual resta denotado o valor da lei como *solução*, como *regra estável* – e não como ‘valor intrínseco, como fator de orientação social’, e no qual se mesclam ‘muitas influências, não só jurídicas, como filosóficas’. Entre estas ressalta o germanismo da Escola de Recife, capitaneada pelo gênio de Tobias Barreto, e o positivismo de Augusto Comte, que animara a proclamação da República.” (MARTINS-COSTA, J. A *boa-fé*..., p. 259-260).

³¹² “O Código elaborado por Clóvis Beviláqua certamente se distingue, em primeiro lugar, pela sua feição nitidamente *individualista*, expressando a concepção político-filosófica vigorante depois da Revolução Francesa, sendo o homem o centro do mundo e capaz, com a sua vontade e a sua razão, de ordená-lo. Por isso, consagrou o primado da vontade e submeteu os contratantes ao que constava da avença, devendo esta se interpretada de acordo com a intenção das partes”. (AGUIAR, R. R. **Ob. cit.**, p. 18).

³¹³ GOMES, O. **Raízes históricas**..., p. 27.

³¹⁴ WOLKMER, A. C. **Historia do direito**..., p. 89.

intermédio dela modificável³¹⁵. Nessa ordem de idéias não havia espaço no universo codificatório para a aceitação da cláusula *rebus sic stantibus*³¹⁶, pois, como salientou provocativamente Anísio OLIVEIRA, “o Código Civil já nasceu velho e de barbas brancas quando entrou em vigência em 1917”.³¹⁷

Assim, dispositivos como os da exclusão da impossibilidade relativa (1091), da não influência da esterelidade do prédio rústico no preço do aluguel (1214), dos aumentos de custos dos materiais na empreitada (1246) e do agravamento dos riscos no cômputo do prêmio do seguro (1453) desautorizavam o acolhimento da cláusula *rebus sic stantibus* como regra geral³¹⁸.

O desenvolvimento da revisão dos contratos será, então, todo marcado pela doutrina, resultado da apontada característica da cultura jurídica brasileira de abertura à doutrina estrangeira. Em um primeiro momento, sempre levando em consideração o avançar da revisão dos contratos no pensamento jurídico europeu, os doutrinadores buscaram a partir da interpretação de outros dispositivos do Código de 1916 o fundamento da *clausula rebus sic stantibus*. Assim, Jair LINS retirou do

³¹⁵ TEPEDINO, G. As relações de consumo..., p. 219: “A nossa primeira codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, cingindo-se a garantir a estabilidade das regras em jogo, de tal maneira que a liberdade individual, expressão da inteligência de cada um dos contratantes, pudesse se desenvolver francamente, apropriando-se dos bens jurídicos, os quais, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações exógenas. Garantia-se assim o tráfego jurídico e a propriedade privada, esta considerada como expressão de liberdade e da personalidade humanas”.

³¹⁶ Não somente pela ameaça que representaria à doutrina liberal, mas também pela estabilidade econômica presente à época, fato que não fazia do problema relativo à cláusula *rebus sic stantibus* uma preocupação; nesse sentido, COUTO E SILVA, C. do. Direito Civil brasileiro..., p. 19.

³¹⁷ OLIVEIRA, A. J. de. **Ob. cit.**, p. 89. Nesse sentido, “O liberalismo, traduzido juridicamente pelo *Code Napoléon*, rompendo com os privilégios do período que o precedeu, refuga todos os entraves aos postulados de liberdade formal que encerra o contrato, fruto da autonomia dos privados, por refletir a livre vontade dos contratantes, desde que formalmente válida fazia lei entre as partes, e, como tal, era dotado de exigibilidade insuscetível de atenuantes. É esta, com efeito, o ambiente axiológico que marcou a política legislativa do Séc. XIX, permeando as principais codificações européias, e, à esteira delas, o hoje setuagenário Código Civil Brasileiro”. (TEPEDINO, Gustavo. A teoria da imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do chamado plano cruzado. In: **Revista Forense**, v. 301, p. 74).

³¹⁸ ESPÍNOLA, Eduardo. A cláusula “*rebus sic stantibus*” no direito civil brasileiro. In: **Revista Forense**, v. 137, p. 291. Ressalta-se que embora não tenha adotado expressamente a teoria da imprevisão, a codificação brasileira de 1916 “também não a afastou totalmente, transigindo indiretamente na sua aplicação” (SANTOS, R. B. T. da S. P. dos. **Ob. cit.**, p. 41).

artigo 85 a possibilidade de o magistrado revisar o contrato³¹⁹. Caio Mário da Silva PEREIRA e Eduardo ESPÍNOLA aludiram aos dispositivos 1.190, 1.250 e 1.436³²⁰, além do próprio artigo 1.092, que trata dos contratos bilaterais³²¹.

A ambigüidade vista pela doutrina na codificação, ora admitindo, ora recusando a possibilidade de flexibilização da rigidez contratual levou a uma verdadeira divisão da doutrina em correntes favoráveis e desfavoráveis à revisão. No entanto, pode-se aferir que, de modo geral, a conclusão era da não adoção pelo Código pátrio da possibilidade de revisão dos contratos. Sua fonte deveria ser retirada de legislações extravagantes ao Código³²². Nesse sentido, primeiro monografista brasileiro da matéria, Arnaldo Medeiros da FONSECA, utilizou como base para aceitação da possibilidade de flexibilização do *pacta sunt servanda* nas legislações subseqüentes ao Código Civil³²³ (embora admita tão-somente a resolução contratual e não a revisão dos contratos³²⁴). Tais legislações extravagantes são intervencionistas e têm base axiológica completamente diferenciada da codificação (já que voltadas à consecução de finalidades sociais, distanciadas, portanto, da feição individual e liberal do universo codificador). No mesmo sentido, Caio Mário da SILVA PEREIRA anota que

sempre sustentamos que o Código Civil não comporta a teoria da imprevisão, não só pela ausência de disposição genérica a respeito, como também pelo jogo de princípios informativos que repelem a idéia-força do instituto. É mesmo no sistema de leis posteriores que vamos assentá-la, porque onde predomina a aceitação do conceito de intervenção na vida do contrato, para impedir que o

³¹⁹ Conforme FONSECA, A. M. da. **Ob. cit.**, p. 304 e MORAES, R. J. de. **Ob. cit.**, p. 91.

³²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Cláusula “Rebus sic stantibus”. In: **Revista Forense**, v. 92, p. 799 e ESPÍNOLA, E. **Ob. cit.**, p. 291, referindo-se ainda aos artigos 762, I e II, 954, III, 1.131, hipóteses que facultam a revisão do contrato em favor do credor.

³²¹ PEREIRA, C. M. Cláusula..., p. 799.

³²² BESSONE, D. **Ob. cit.**, p. 221-222.

³²³ FONSECA, A. M. da. **Ob. cit.**, p. 330 e seguintes, recorrendo-se inclusive “à analogia, aos princípios gerais do direito, às exigências do bem comum, como lhe ordenam os arts. 4º e 5º da nova Lei de Introdução ao próprio Código” (*Idem*, p. 343).

³²⁴ FONSECA, A. M. da. *Idem*, p. 348. Por tal razão OTHON SIDOU, relativamente a teses revisionistas e anti-revisionistas, classificou essa posição de “moderadora” (OTHON SIDOU, J. M. **Ob. cit.**, p. 92-93).

extremado individualismo prejudique uma das partes, tem cabimento a teoria que a protege contra a excessiva onerosidade.³²⁵

A falta de uma atitude mais decisiva com relação à matéria por parte do codificador (reafirme-se: a época já possível em face do estágio da doutrina européia) acarretou uma diminuição das potencialidades jurídicas que advém da problemática das alterações das circunstâncias. Assim, os estudos (especialmente os pioneiros) estendiam a revisão a outras figuras jurídicas (tais como a impossibilidade – seja a relativa, seja a absoluta: caso fortuito ou força maior, a lesão – criando a denominada lesão superveniente³²⁶, a redução da revisão ao abuso do direito). Tal fato impediu o desenvolvimento mais independente e autônomo da revisão contratual, o que gera consequências até hoje.³²⁷

A partir da década de 1930, a problemática das alterações das circunstâncias ganha novos contornos em razão da crise econômica redundante das Grandes Guerras. A proliferação de legislações intervencionistas é consequência das transformações sociais daí decorrentes. Igualmente os tribunais pátrios começaram a enfrentar questões concernentes à revisão do conteúdo do pacto³²⁸.

A crise do início do século XX, como já ressaltado, comprovou a insuficiência da teoria contratual de uma maneira geral, consistindo o crescimento do pensamento em torno da revisão contratual um de seus principais reflexos. A compreensão da problemática da revisão dos contratos ganha, nesse viés, verdadeiros contornos metodológicos que demonstram a passagem gradual de uma

³²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. III, p. 102.

³²⁶ É o caminho seguido por Arnaldo Medeiros da FONSECA (FONSECA, A. M. da. **Ob. cit.**, p. 344).

³²⁷ Diversas teorias em torno da revisão dos contratos compravam essa característica, sendo emblemática a teoria do erro de Achile Giovanne. Esse quadro evolutivo demonstra a tendência de colocar a revisão como um instrumento absolutamente excepcional, a tal ponto de servir a obrigatoriedade dos contratos. A busca de extensão de categorias tradicionais a revisão limita significativamente sua função, a tal modo de ser conquista recente o entendimento de que não somente fatores posteriores a contratação podem servir de causa à revisão dos contratos. Nesse sentido, v. parte II, capítulo 2.

³²⁸ Nesse sentido, ver as decisões citadas por ESPÍNOLA, E. **Ob. cit.**, p. 290, FONSECA, A. M. da. **Ob. cit.**, p. 312 e seguintes, BESSONE, D. **Ob. cit.**, p. 220-221 e SANTOS, R. B. T. da S. P. dos. **Ob. cit.**, p. 44-48.

visão contratual puramente liberal e individualista para uma visão mais solidária e humana. Desse modo,

seria insuficiente, vê-se de logo, apontar, no curso das profundas transformações econômicas, políticas, sociais e jurídicas, por que passa a sociedade, com intervenção crescente do estado nos negócios privados, a transformação do contrato com uma simples atenuação da autonomia privada em favor de uma maior ocupação de espaço por parte do interesse público. Trata-se, de forma muito mais profunda, de rever os próprios princípios da teoria contratual, e de reconhecer a insuficiência de submetê-la a uma abstrata autonomia das partes quando estas, em muitos casos, não têm mais que a simples iniciativa de contratar, levando a efeito conteúdo negocial inteiramente ditado pelo Poder Público.³²⁹

A preocupação em torno da revisão, portanto, leva a uma problematização maior que aos poucos vai se depreendendo do fenômeno da alteração das circunstâncias. Busca-se, cada vez mais, a justiça contratual substancial. Por isso, após a análise da revisão dos contratos à luz dos pressupostos da teoria contratual tradicional, é necessário debruçar-se sobre a sua crise e o que dela resulta, sempre tendo em mente o constante repensar dos conceitos jurídicos³³⁰. Nesse sentido, pode-se, a partir da reconstrução da teoria contratual, redimensionar o papel a ser desempenhado pela revisão contratual.

³²⁹ TEPEDINO, G. A teoria da..., p. 75.

³³⁰ “Para definitivamente superar o século XIX, não basta apenas ultrapassar a formulação clássica do contrato como ‘expressão perfeita do livre encontro de vontades’. A crise não é apenas do modelo de pensamento jurídico, e nem é apenas um incidente do legado teórico”. (FACHIN, L. E. *Teoria...*, p. 18). Por isso que a crise deve sempre suscitar uma perene atitude construtiva: “uma teoria crítica, inclusive por coerência, deve estar no campo do inacabado, do refazimento permanente, o que se alça como alavanca metodológica de análise e não apenas como dissecação estável de seu objeto; e, por derradeiro, a dimensão constitucional do Direito Civil brasileiro contemporâneo abarca, ao lado dos horizontes formais e substanciais dessa base, a perspectiva de reconstrução incessante do próprio Direito Civil para que, no limite, acerte o passo com as demandas de seu tempo, e na possibilidade, contribua na edificação da justiça”. (FACHIN, L. E. *Idem*, p. 330).

PARTE II: CRISE DA TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL E A REFORMULAÇÃO DO PAPEL DA REVISÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

Capítulo 1 O RESGATE DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EM MEIO À CRISE DA TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL: O RESSURGIMENTO DA REVISÃO DOS CONTRATOS EM DECORRÊNCIA DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

1.1 A insuficiência da teoria contratual tradicional para responder às novas demandas sociais: massificação social, importância da revisão dos contratos e a intensificação da problemática da alteração das circunstâncias

Na parte anterior, foi analisado o substrato teórico que levou à formulação de uma determinada compreensão do contrato. Como visto, constituiu-se a partir de certos pressupostos e interesses consolidados ao longo dos séculos XVII e XVIII que representam as aspirações do projeto moderno, centradas basicamente na emancipação do ser humano ante as amarras medievais de modo a assegurar-lhe liberdade e mobilidade social. Transportando-se tais idéias ao campo contratual, o contrato passa a ser o instrumento-chave para o desenvolvimento do homem na sociedade, pois possibilita a livre circulação e aquisição de bens, fator primordial de ascensão social em um sistema capitalista.

Liberdade e propriedade caracterizam, portanto, a denominada teoria tradicional dos contratos que, como também ressaltado anteriormente, apresentava uma pretensão de perpetuidade. No entanto, macroeventos sociais ocorridos durante o século XX desmistificaram a aludida estabilidade; demonstraram a insuficiência dos postulados teóricos tradicionais da teoria contratual em face dos fenômenos sociais inimaginados em uma sociedade cujo capitalismo era ainda nascente. A

resposta insatisfatória da teoria contratual a tais eventos proporcionou àquilo que se denominou “crise do contrato”³³¹.

As transformações sociais que provocaram a deterioração das bases do contrato tradicional são resultado das próprias mutações do capitalismo. A crescente concentração de riquezas, a inserção cada vez maior de pessoas em um cenário mercadológico e a busca incessante por novos mercados minaram a feição de um contrato idealizado por dois contratantes que sentam à mesa e discutem todas as cláusulas contratuais³³².

O conceito tradicional de contrato pressupõe a contratação produzida por duas ou mais pessoas que em pé de igualdade (isonomia formal) manifestam sua vontade livre (autonomia da vontade) no sentido de constituir uma obrigação jurídica que viabilize com segurança o trânsito de bens (obrigatoriedade dos contratos)³³³. O contrato, nessa feição, pressupõe um *contato social efetivo*, de modo

³³¹ PINHEIRO, R. F. **O abuso...**, p. 135-136: “À concepção tradicional de contrato opõe-se uma nova concepção, contraposição esta que se tem justificado pela idéia de ‘crise’ ou ‘decadência’. Entretanto, não é de crise que neste momento se quer tratar, mas de uma diversidade de concepções, às quais se ligam a idéia de contrato, perfazendo sua ‘historicidade’ e ‘relatividade’. (...) É por isso que a tão falada ‘crise’ que lhe é atribuída, traduz o sentido de suas transformações, as quais só podem ser compreendidas em face de seu desenvolvimento através dos tempos, revestido de avanços e regressos.”

³³² NORONHA, F. **Ob. cit.**, p. 70: “Da mesma forma que o individualismo liberal havia tido por causa fundamental (mas não única) as profundas transformações sócio-econômicas associadas ao desenvolvimento do capitalismo comercial, ou mercantilismo, agora, a partir do século XIX, são as transformações associadas à Revolução Industrial que vão provocar profundas modificações políticas e jurídicas. Dessas transformações ligadas à Revolução Industrial, merecem destaque aqui, pelas suas repercussões jurídicas, os fenômenos, aliás interligados, da urbanização e da concentração capitalista: a urbanização é consequência do crescimento exponencial da população, da migração do campo para as cidades, das melhores condições de vida que o desenvolvimento econômico (de base industrial) propicia; a progressiva concentração capitalista é essencialmente consequência da concorrência econômica – e da luta, por esta engendrada, pela competitividade, pela racionalização, por melhores condições de produção e distribuição.”

³³³ Daí a ligação do contrato com a figura do negócio jurídico, veículo de concretização da autonomia da vontade, sendo o contrato, como alude Orlando GOMES, um conceito “derivado”, já que contém todas as características do negócio jurídico (GOMES, O. **Contratos**, p. 4). Nesse sentido que a conceituação de contrato caminha pela grande maioria da doutrina: “Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o *contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos*. Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico (nº 82, *supra*, vol. I), podemos definir contrato como o ‘acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos’ (PEREIRA, C. M. da S. **Instituições...**, v. III, p. 2).

a *duas ou mais pessoas dialogarem em torno da contratação*³³⁴. No entanto, a nova realidade social desenhada já no início do século XX não se subsume a esse modelo: a expansão do mercado levou a *uma crescente despersonalização dos contratos*, pois cada vez mais os contratos são formulados por mecanismos que *dispensam a presença dos contratantes no momento de formação contratual*³³⁵.

Assim, as grandes corporações não contratam diretamente com seus contratantes, mas utilizam-se de prepostos e modelos contratuais que atingem uma extensa área geográfica e uma gama enorme de pessoas. As cláusulas contratuais não são discutidas diretamente entre as partes, e sim decididas internamente pela grande empresa que pré-formula o conteúdo contratual e apenas o submete a aceitação da outra parte contratante. O contrato, portanto, não é mais *discutido*, mas tão-somente *ofertado*, de modo que a outra parte apenas adere ou não às condições ali estabelecidas³³⁶.

A esse novo estado de coisas apresentado à teoria contratual denominou-se *massificação*, fenômeno que atingiu os planos social, político e jurídico³³⁷. Os contratos não são dirigidos a uma pessoa determinada, específica (como compreendido na teoria contratual tradicional), mas veiculados a uma massa de pessoas indeterminadas e selecionadas de acordo com estratégias comerciais. Tal

³³⁴ MARQUES, C. L. **Ob. cit.**, p. 52: “Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade. Seria o que hoje denominaríamos de contratos paritários ou individuais. Contratos paritários, discutidos individualmente, cláusula a cláusula, em condições de igualdade e com o tempo para tratativas preliminares, ainda hoje existem, mas em número muito limitado e geralmente nas relações entre dois particulares (consumidores), mais raramente, entre dois profissionais e somente quando de um mesmo nível econômico”.

³³⁵ MARQUES, C. L. *Idem, ibidem*: “Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e se desmaterializou. Os métodos de contratação de massa, ou estandarizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores”.

³³⁶ MARQUES, C. L. *Idem*, p. 53.

³³⁷ Como esclarece NORONHA, “A grande resultante de tais fenômenos foi a *massificação* da sociedade. Realmente, se existe uma palavra que possa sintetizar tudo o que aconteceu, e ainda esclarecer o sentido das tão profundas transformações havidas, tanto políticas como jurídicas, inclusive no âmbito que aqui interessa, que são os contratos, tal palavra é *massificação* (...)” (NORONHA, F. **Ob. cit.**, p. 71).

quadro já começou a se delinear no início do século XX³³⁸, mas consolidou-se após as duas Grandes Guerras, e implica profundas alterações na teoria contratual, pois

especificamente no que diz respeito à massificação nos contratos, ela é consequência inexorável do próprio processo capitalista de progressiva concentração industrial e comercial, que não só reduziu o número de empresas existentes no mercado, como também exigiu que elas, por razões de racionalidade econômica, pela necessidade de reduzir custos, pelo imperativo de acelerar o ritmo dos negócios, simplificassem as suas transações, através da adoção de técnicas contratuais uniformes, com prefixação de cláusulas gerais³³⁹.

Duas consequências desse processo são de particular importância para a questão da revisão dos contratos: a primeira, de caráter mais geral, foi o rompimento com a visão de que o conceito de contrato (assim como dos princípios que o explicam) é imutável, podendo ser reformulado à luz das transformações sociais e culturais, o que implica reconhecê-lo como produto histórico e social³⁴⁰; a segunda, mais específica, é que a mutação das bases contratuais fez ressurgir a importância da revisão dos contratos como instrumento de concretização dessas mudanças³⁴¹.

Com efeito, a “crise” do contrato reafirmou a importância da relação contratual no meio social. A sentença provocativa de “morte do contrato” proferida por Grant GILMORE é emblemática no sentido da inegável necessidade que se apresentava (e ainda se apresenta): a de se repensar a teoria contratual sob pena de

³³⁸ Realidade inexistente à época da construção da teoria contratual tradicional; daí sua insuficiência: “O repensar do modelo contratual, ou o reconhecimento de sua crise institucional, surgem em razão do desajuste entre o modelo contratual de *gré à gré* (paritário) e as relações de massa. O *Code*, assim como o nosso próprio Código Civil, foram concebidos para que figurem na relação jurídica contratual somente dois sujeitos (credor e devedor). No mesmo quadro, nota-se o Código de Processo Civil brasileiro, em que a lide é sempre polarizada nas figuras individuais do autor e do réu, quando não, do credor e do devedor, particularmente, no processo de execução. As relações plúrimas, coletivas, difusas, ou mesmo massificadas não se encaixam nos moldes das codificações modernas” (NALIN, P. **Do contrato...**, p. 114).

³³⁹ NALIN, P. *Idem*, *ibidem*.

³⁴⁰ Questão que se traduz em preocupação metodológica fundamental: v. parte I, capítulo 1, especialmente item 1.1.

³⁴¹ Esses dois enfoques permearão toda esta segunda parte da pesquisa. Mas especificamente a segunda questão aludida representa o núcleo central do estudo, demonstrando o papel contemporâneo exercido pela revisão dos contratos.

deterioração do instituto contrato³⁴², fundamental em uma sociedade capitalista³⁴³. Nesse sentido, o pensamento passa a ser o de revitalizar o instrumento contratual, preservá-lo à luz de premissas diferenciadas construídas a partir da nova realidade social³⁴⁴.

As duas conseqüências apontadas não se apresentam de maneira isolada, ao contrário, estão interligadas entre si. A transformação conceitual do contrato implica uma reformulação dos princípios fundamentais que o explicam, o que significa a reconstrução das noções de autonomia da vontade, vinculatividade contratual, consensualismo e relatividade dos efeitos do contrato. Essa tarefa reconstrutiva redundará no reconhecimento de novos princípios, como os da dignidade da pessoa humana, boa-fé, função social do contrato e equilíbrio contratual.³⁴⁵ Tais princípios

³⁴² Basta atentar-se para a pergunta colocada pelo autor nas suas conclusões finais: “O contrato está morto, mas quiçá se o vento da primavera não possa inesperadamente trazer a sua ressurreição?” (tradução livre de: “*Il Contratto è morto, ma chissà se il vento di primavera non possa inopinatamente portarne la resurrezione?*”; GILMORE, G. **Ob. cit.**, p. 92). Nesse sentido, Guido ALPA assevera que Gilmore “insiste sobre a ‘morte’ porque quer relativizar a teoria geral clássica e, se possível, colocar uma pedra sobre ela; também se as suas esperanças não foram desiludidas, a tentação de refazer-se a teoria clássica parece ainda forte hoje em alguns autores (tradução livre de: “*insiste sulla ‘morte’ perché vuol relativizzare la teoria generale classica e, se possibile, metterci una pietra sopra; anche se le sue speranze non sono andate deluse, la tentazione di rifarsi alla teoria classica sembra ancora forte oggi in qualche autore*”; ALPA, Guido. **Il contratto tra passato e avvenire**. Prefácio. In: GILMORE, G. **Ob. cit.**, p. XI-XII).

³⁴³ Nesse sentido, TARTUCE, Flávio. **A função social do contrato**: do código de defesa do consumidor ao novo código civil, p. 34.

³⁴⁴ “É, portanto, de todo im procedente, a censura de decrepitude do contrato. A crise contratual, se existe, não passa, com efeito, de uma crise de seu próprio desenvolvimento, ou melhor, de uma crise de transformação. Há uma mística que tem interesse em corrigir a hipertrofia do fator genético das obrigações, em impedir as suas repercussões anti-sociais, em censurar o comportamento incorreto dos contratantes, moralizando, senão espiritualizando os efeitos dos acordos privados, mediante a inserção do elemento da solidariedade social. Invés de declínio e crepúsculo o que há, arremata o Prof. TELES GALVÃO, é evolução e rejuvenescimento, conquanto o que observam os mestres é que a vida contratual, modernamente, mais se intensifica, tanto quantitativa, como qualitativamente, o que fez JOSSERAND exclamar que ‘nous vivons de plus en plus contractuellement’ (SERPA LOPES, M. M. de. **Ob. cit.**, p. 41).

³⁴⁵ “Com efeito, entendido como fórmula jurídica tendente á realização de interesses das partes, o contrato sofre o influxo de princípios e de regras várias, imanentes ou explicitados no ordenamento jurídico, exatamente para permitir-se a respectiva subsunção aos valores sociais e individuais postos como básicos para a vida de relações. Ademais, a nível do elo individual, cuida-se, em todo esse contexto, de proteger a parte economicamente mais fraca e obter o equilíbrio necessário nos vínculos estabelecidos em concreto, sob a preocupação básica de realização da justiça, aliás, fim último do Direito, em toda a sua extensão” (BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**, p. 5-6).

“inovadores” não eliminam os tradicionais, mas com eles convivem³⁴⁶ sob uma renovada ordem calcada na dignidade da pessoa humana (mandamento constitucional e vetor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro), conferindo à teoria contratual um novo sentido, condizente com o seu tempo.

A reconstrução da teoria contratual pressupõe a importância do contrato, de modo a preservá-lo sempre que possível sob os princípios da teoria contratual contemporânea. Nesse ponto, outro princípio ganha relevância jurídica: o da preservação dos contratos. E aqui a revisão dos contratos cresce em importância como o grande instrumento de preservação do contrato³⁴⁷.

Tais questões serão enfrentadas no decorrer da pesquisa, destinada à análise do papel da revisão dos contratos na pretensa crise contratual. Inicia-se com o estudo do desfazimento da concepção do contrato como produto exclusivo da vontade das partes, sendo um dos primeiros sintomas a intensificação da problemática da alteração das circunstâncias.

³⁴⁶ Como explica Teresa NEGREIROS, “ao discorrer sobre os novos princípios, o estudo suscita o problema de se definir o modo como tais princípios devem interagir com os princípios estruturantes do modelo clássico. Não parece acertado afirmar que os novos princípios são meramente subsidiários, e por isso não justificariam uma reformulação nas bases da teoria contratual como um todo; tampouco seria acertado afirmar-se que a boa-fé, o equilíbrio econômico e a função social fizeram desaparecer os princípios clássicos. Nem uma nem outra dessas hipóteses, postas assim, em termos absolutos, poderia ser confirmada. Vive-se hoje um momento em que novos e velhos princípios convivem simultaneamente; vive-se um momento, nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, de ‘hipercomplexidade’, já que aos princípios clássicos não se pode simplesmente opor os novos princípios, como se aqueles houvessem sido unilateralmente substituídos por estes.” (NEGREIROS, T. **Ob. cit.**, p. 30).

³⁴⁷ SILVA, L. R. F. da. **Ob. cit.**, p. 2: “A clássica solução, quando havia dissenso entre as partes, era o caminho da resolução, caso houvesse inadimplemento, ou da rescisão, quando houvesse mácula congênita à formação do contrato, como no caso da lesão. Esta tendência parece estar mudando. Privilegia-se, em diversas circunstâncias, a manutenção do pactuado em detrimento do seu desfazimento. Isto deve-se, em grande parte, às alterações nas relações econômicas. Após as duas grandes guerras, surgiram com maior intensidade relações massificadas envolvendo bens e produtos que atingem terceiros, muitas vezes totalmente estranhos à relação primitiva. Ademais, a queda do liberalismo exacerbado, que inspirou grande parte da legislação ocidental, aliada à influência de doutrinas mais estatizantes, fez com que se caminhasse para um novo entendimento do papel dos contratos.” É preciso ressaltar que nem sempre os autores de clássicas teorias acerca da problemática afeta à cláusula *rebus sic stantibus* colocam como consequência da alteração das circunstâncias a revisão do contrato, estipulando ora a resolução contratual (como, p. ex., Oertmann), ora facultando ao prejudicado uma exceção material (Windscheid). No entanto, os fundamentos destes esquemas teóricos possibilitam a justificação da preservação do contrato. A tendência à manutenção do pacto gradativamente consolidou-se na doutrina brasileira (TEPEDINO, G. A teoria da imprevisão..., p. 76) e firma-se cada vez mais em função da importância vital que certos bens e produtos instrumentalizados por determinados contratos (como, p. ex., os planos de saúde) têm para as pessoas dos contratantes, como oportunamente se verá (parte II, cap. 3).

No decorrer dos anos a soberania da vontade gradativamente cede espaço a outros interesses. Desde a consolidação do voluntarismo jurídico nasceu a preocupação de que a onipotência da vontade levaria ao arbítrio³⁴⁸, o que significa a imposição do contratante mais forte sobre o contratante mais fraco³⁴⁹. Esse desequilíbrio de forças desmente a noção de que a livre disposição volitiva, por si só, concretizaria a justiça contratual.

Essa tendência de superação da vontade como fonte exclusiva de obrigações foi denominada “decadência do voluntarismo jurídico”³⁵⁰ e começou a desenvolver-se teoricamente na reelaboração conceitual do negócio jurídico, instrumento principal da autonomia privada³⁵¹. Da teoria da vontade concebeu-se a teoria da declaração, retirando-se a preponderância do elemento volitivo psíquico interno para a feição objetiva da declaração das partes. Desenvolveu-se um pouco mais com as noções mitigadas dessas duas teorias, quais sejam, as teorias da responsabilidade e da confiança. Por derradeiro, alcançou-se a teoria preceptiva, cujo defensor mais expoente foi Emílio BETTI, em que a vontade era destituída de seu trono e o negócio jurídico era concebido como verdadeiro comando normativo.

³⁴⁸ GOMES, O. **Transformações...**, p. 11.

³⁴⁹ O que constitui uma verdadeira limitação da vontade e da liberdade contratual, “imposta unilateralmente nos contratos de adesão, contratos estereotipados com restrita autonomia do aderente, que só tem liberdade de contratar ou não contratar, e se contrata deve sujeitar-se à lei do mais forte, aceitando as condições por ele oferecidas” (TELLES, I. G. **Ob. cit.**, p. 63).

³⁵⁰ GOMES, O. **Transformações...**, p. 10.

³⁵¹ Não se pode esquecer do finalismo jurídico, na segunda metade do século XIX, que abriu as portas para as preocupações em torno da função social de institutos jurídicos como a propriedade e o contrato. Nesse sentido, Ihering concebe o Direito como regulação de interesses, de modo a conceber o Direito como uma ciência pragmática, voltada a fins práticos (LARENZ, K. **Ob. cit.**, p. 58-59). Isso implica reconhecer o Direito como “norma coercitiva do Estado posta ao serviço de um fim social. Para compreender a norma jurídica precisa-se menos de uma análise lógica ou psicológica do que uma análise sociológica” (LARENZ, K. *Idem*, p. 61), de modo “que toda proposição jurídica tem necessariamente de ser vista também na sua *função social*: ela aspira a conformar a existência social e, por conseguinte, ordena-se, pelo seu próprio sentido, a um fim social” (LARENZ, K. *Idem*, p. 62). Isso conduz a uma superação do cunho voluntarista para a ênfase dos interesses práticos em jogo, daí o pensamento de Ihering constituir-se como principal base teórica da denominada “Jurisprudência dos Interesses” desenvolvida posteriormente por Philipp Heck. O finalismo permite uma “renovação metodológica”, pois a valorização do interesse importa na superação das análises excessivamente estruturais dos institutos jurídicos (PINHEIRO, R. F. **O abuso...**, p. 168), predominantes até então, fato que concretiza uma abertura a possibilidade da revisão dos contratos.

Apesar das insuficiências apresentadas por essas teorias³⁵², fato é que tiveram o mérito de romper com a concepção individualista preconizada pelo voluntarismo jurídico. Entrelaçada a essa ordem de idéias, o princípio da autonomia da vontade teve sua conceituação também reformulada, destituindo-se a vontade como elemento nuclear, configurando-se assim como autonomia privada³⁵³.

A autonomia privada (autonomia negocial, se aplicada aos contratos), então, é concebida de forma contrária à autonomia da vontade: como é delimitada pelo ordenamento jurídico, o direito objetivo predomina sobre o direito subjetivo³⁵⁴, originando-se daí a noção de poder concedido pelo Estado ao particular para reger seus interesses, o que configura seu primeiro limite³⁵⁵. Essa inversão, por conseguinte, abre a perspectiva da influência estatal no âmbito contratual e consolida o caráter relativo da autonomia privada, delineada a partir da ideologia presente à época. Sua delimitação, portanto, está umbricada com o tipo de Estado e, assim sendo, a passagem do Estado liberal para o Estado social altera profundamente sua configuração.³⁵⁶

³⁵² A análise das teorias acerca do negócio jurídico foge à proposta deste estudo, restrito à revisão do contratos (o que não impede ressaltar a importância das transformações conceituais do negócio jurídico para a compreensão do declínio do voluntarismo jurídico). A respeito dessas teorias, ver, por todos, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia, p. 4-22 e SILVA, L. R. F. da. **Ob. cit.**, p. 14-21.

³⁵³ Sobre a diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada, v. cap. 1, item 1.3, notas 56 e 66, onde tratou-se do caráter político-ideológico desses conceitos. Neste capítulo está se tratando do enfoque especificamente contratual da autonomia negocial, enaltecendo a gradativa superação da compreensão do contrato como produto exclusivo da vontade individual.

³⁵⁴ PINHEIRO, R. **O abuso...**, p. 395-396: “Nessa perspectiva, encontra-se na ‘vontade humana’ o elemento nuclear e toda a fonte das relações contratuais, em lugar da autoridade da lei, de sorte que pode se afirmar que ‘a vontade, é, portanto, a força fundamental que vincula os indivíduos. Esta concepção, que se traduz na superioridade do direito subjetivo sobre o direito objetivo, norteia as sociedades codificadas do século XIX, e se transforma por uma inversão daquela idéia, repercutindo sobre o princípio, não mais configurado como autonomia da vontade, mas como autonomia privada.”

³⁵⁵ FACHIN, L. E. **Novo conceito...**, p. 57: “A vontade negocial, enfim, não pode estar em contradição com normas de direito. A impossibilidade desse confronto é o primeiro limite da autonomia privada”.

³⁵⁶ AMARAL, F. **Ob. cit.**, p. 338: “Sob o ponto de vista técnico, que revela a importância prática do princípio, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem. [...] Tal poder não é, porém, obrigatório e ilimitado. Deriva do ordenamento jurídico estatal, e exerce-se nos limites que esse fixa, limites esse crescentes, devido à passagem do Estado de direito para o Estado intervencionista ou assistencial.”

O liberalismo, como já visto, traduz-se em uma ausência absoluta da ingerência estatal na atividade privada, o que levava à ampliação do espectro da autonomia negocial. O surgimento do Estado social (acompanhando as transformações econômicas da sociedade, especificamente a massificação, a concentração de capital e os contratos estandizados), por sua vez, cria uma reviravolta em que o espectro da liberdade é limitado, o individualismo é significativamente mitigado e há a supremacia dos interesses coletivos sobre os interesses particulares. Trata-se de uma significativa interferência do público sobre o privado, o que conduz a crescentes limitações do alcance do princípio da autonomia privada³⁵⁷.

A noção de vontade individual como explicação fundamental do contrato entra, nessa ordem de idéias, em declínio³⁵⁸. A ela não somente podem ser apontadas críticas lógicas (se a vontade fosse o elemento exclusivo de fundamentação do contrato ele não se manteria, já que ninguém quer ou deseja cumprir uma prestação contratual, apenas receber a sua³⁵⁹), mas também demonstrada a existência de relações contratuais não derivadas da vontade.

357

O Estado social, além de determinar uma nova função aos postulados clássicos do Direito Civil, promove uma série de leis, algumas específicas e contingenciais, outras de tal abrangência e complexidade que configuram verdadeiros estatutos legislativos, que além de demover o Código Civil como centro do sistema privado, acarretam uma profunda limitação da autonomia privada em prol dos interesses sociais. Neste sentido, AMARAL, Francisco. *Evolução do direito civil brasileiro. Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, v. 24, p. 82: “Como se reflete esse quadro no direito civil? Para responder a essa indagação basta acompanhar as sucessivas leis que se foram promulgando no Brasil, nos diversos setores do direito civil, para termos um quadro, se bem que superficial e perfunctório da evolução do direito civil brasileiro. Basicamente, individualismo jurídico, que corresponde ao capitalismo na ordem econômica e ao liberalismo na ordem política, vai dar lugar aos interesses coletivos, com intervenção crescente do Estado. O direito passa a instrumento de justiça social”.

358

BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, p. 65: “Os fatos, entretanto, a partir do final do século XIX, contradisseram o postulado de igualdade abstrata das partes, sobre o qual repousavam as doutrinas filosóficas e econômicas que serviam de suporte ao dogma da vontade e ao debilitamento da figura da lesão. Se, em um primeiro momento, constatou-se que, com frequência, os mais fortes exploravam os mais fracos e o interesse geral restava sacrificado aos interesses particulares, em um segundo momento, a contratação com recurso a *cláusulas contratuais gerais* – contratos padronizados, caracterizados pela unilateralidade do processo de formação do seu conteúdo – engendrando algumas das mais significativas e graves formas de restrição da liberdade contratual, mostrou-se terreno fértil para a exploração”.

359

“A questão pode ser formulada, em toda sua singeleza, do seguinte modo: se a vontade individual é o fundamento do contrato e da sua força obrigatória, como se explica que o declarante continue adstrito à conduta prometida por manifestação de uma vontade que entretanto se alterou?” (RIBEIRO, J. de S. *Ob. cit.*, p. 63-64).

Exemplo desse último aspecto, conforme nota Judith MARTINS-COSTA, são os denominados “atos existenciais”, caracterizados pela prática continuada de atos “absolutamente necessários à vida humana” que implicam conseqüências jurídicas como se tivessem passado por aquele filtro formal de juridicidade. Assim, “a perquirição do elemento volitivo é descabida, em razão da objetivação produzida pela incidência de fatores sociais típicos da sociedade contemporânea”.³⁶⁰

Trata-se de uma relação contratual apreendida junto à realidade social, em que se valoram os comportamentos típicos de sujeitos (ressalta-se: sujeito de direito “concreto”) e daí se extraindo conseqüências jurídicas. Um exemplo singelo é do menor que compra um ingresso de cinema: não se perquire a capacidade, requisito de validade do ato jurídico (CC, 104, I)³⁶¹. Outro exemplo típico recolhido na jurisprudência diz respeito aos estabelecimentos comerciais que disponibilizam estacionamento a seus clientes. Não há um contrato formal de depósito, mas os comportamentos sociais das partes implicam os efeitos típicos do contrato de depósito:

Civil. Ação de indenização. Furto de veículo estacionado por manobrista de restaurante. Contrato de depósito. Responsabilidade do estabelecimento. CC, art. 159. I. A entrega de veículo em confiança a manobrista de restaurante caracteriza contrato de depósito e, como tal, atrai a responsabilidade do estabelecimento comercial pelo furto, ainda que na via pública, impondo-lhe o dever de indenizar o proprietário pelos prejuízos daí decorrentes.³⁶²

³⁶⁰ RIBEIRO, J. de S. *Idem*, p. 398.

³⁶¹ RIBEIRO, J. de S. *Idem*, p. 399.

³⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 419465, do Distrito federal. MI Alimentações e Diversões Ltda. *versus* Ete – Engenharia de Telecomunicações e Eletricidade Ltda. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª turma. Acórdão de 25 fevereiro de 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, 5 de maio de 2003. A jurisprudência da Corte Superior reconhece a existência do contrato de depósito, ainda que não formalmente estipulado, no entanto não fundamentando a decisão especificamente na questão dos atos existenciais e sim na presença fática dos elementos caracterizadores do referida relação contratual. Na mesma hipótese e com a mesma decisão, mas com fundamento baseado na noção de ato existencial, estão os julgados da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (apelações cíveis números 589071711 e 589061431, citadas por MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé...**, p. 405).

A valoração dos comportamentos sociais típicos aproxima a autonomia privada à pessoa, que em suas atividades cria vínculos contratuais independente dos “requisitos” legais. Mostra, igualmente, a insuficiência do conceito tradicional de autonomia privada ao não explicar os atos existenciais e os vários deveres laterais ou instrumentais (que em conjunto com a tradicionalmente nomeada “prestação principal” compõe a relação obrigacional).³⁶³

Tais limitações não só caracterizam a destituição da vontade como preceito nuclear do ordenamento jurídico, como também acarretam uma transformação qualitativa de sua conceituação, funcionalizando-a a preceitos sociais, éticos e humanos³⁶⁴. A nova delimitação do espaço jurídico privado, então, traduz-se na abertura do ordenamento jurídico a valores.³⁶⁵

A transformação qualitativa da noção de autonomia privada implica ao reconhecimento do *valor* da liberdade negocial a ela inerente. Nesse sentido, a distinção formulada por Joaquim de Souza RIBEIRO entre autonomia privada e autodeterminação é cheia de significados e sentidos. Segundo o autor português, autonomia privada “*é um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam*”³⁶⁶, ao passo que autodeterminação é “*o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com suas preferências*”³⁶⁷.

Assim, a autodeterminação é um *valor*, “ligado, consensualmente, ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana”³⁶⁸. A concepção de contrato,

³⁶³ Nesse sentido, MARTINS-COSTA, J. *Idem*, p. 408. A respeito do princípio da boa-fé e suas repercussões no âmbito da revisão dos contratos, v. cap. 3, parte II.

³⁶⁴ PERLINGIERI, P. **Ob. cit.**, p. 276-277.

³⁶⁵ PINHEIRO, R. F. **O abuso...**, p. 398: “Verifica-se também as repercussões de uma mudança metodológica, que já se processavam em fins do século XIX no Direito. O fundamento dos princípios e institutos jurídicos desloca-se da vontade para o interesse, o que resulta claro das concepções de direito subjetivo contrapostas para o finalismo, significando a abertura do ordenamento jurídico para os valores.”

³⁶⁶ RIBEIRO, J. R. de S. **Ob. cit.**, p. 21.

³⁶⁷ RIBEIRO, J. R. de S. *Idem*, p. 22.

³⁶⁸ RIBEIRO, J. R. de S. *Idem*, *ibidem*.

como resultante do consensualismo, pressupõe a autodeterminação e não meramente a autonomia privada:

é aqui que um conceito de autodeterminação separado do de autonomia privada joga seu papel. Quando se exerce pela autonomia privada, a autodeterminação, além de um valor em si, é uma forma de gestão de interesses: são estes, na apreciação subjetiva que deles faz o seu titular, que orientam o sentido de uma decisão individual a que é reconhecida eficácia pela ordem jurídica. O mundo real da contratação privada é o domínio do cálculo e do pensamento estratégico, da procura egoística de vantagens por sujeitos que se movem num ambiente circunstancial carregado de representações e de significações. Esse dado é normativamente assumido pela ideia de autodeterminação: o que se requer ao agente não é a assepsia de um ‘véu de ignorância’, mas, pelo contrário, a plena consciência da sua posição e interesses e a capacidade de os afirmar e defender no meio social. Não há, nem deve haver (pois seria contraditória com esta ideia de autodeterminação), qualquer garantia de equidade de uma escolha objectivamente racional. A garantia de base repousa apenas na endogenia funcional do próprio sistema, na dinâmica equilibradora da contraposição de interesses que ele propicia. Mas, para isso, é necessário que cada poder encontre um contrapoder, ou seja, que a autodeterminação de um enfrente a autodeterminação do outro. E tal não está automaticamente assegurado pela ausência de limitações legais, não podendo prescindir-se de certas condições cuja positiva verificação está compreendida no conceito de autodeterminação.³⁶⁹

A crescente massificação limitou ainda mais o espectro da autodeterminação, pois se “é certo que mesmo nos contratos do século XIX a igualdade das partes não impedia que a mais forte determinasse o conteúdo do contrato, mas ainda havia a negociação, o mais fraco podia fazer ouvir a sua voz – e até ser atendido, aqui ou ali,

369

RIBEIRO, J. R. de S., *Idem*, p. 40. No mesmo diapasão é o entendimento de PONTES DE MIRANDA, que prefere a expressão auto-regramento da vontade justamente por enfatizar a consciência e a importância do *querer*: “Todas as vezes que as regras jurídicas aludem a suportes fácticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas esses suportes fácticos se componham ou não se componham. Dizem, também, *até onde* se pode querer. Portanto, supõe-se que alguém *queira* ou *não-queira*. O auto-regramento, a chamada ‘autonomia da vontade, não é mais do que isso” (PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**: parte geral, v. 3, p. 54). Para tanto é necessário ter *consciência* do que se quer ou escolhe: “O elemento ‘consciência’ é essencial à declaração de vontade e à manifestação de vontade (ato declarativo, que basta ao negócio jurídico). A manifestação de vontade de negócio há de ser, por exigência da teoria mesma do auto-regramento da vontade (dita autonomia privada), consciente” (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Idem*, p. 7). Isso implica uma efetiva fonte de relações jurídicas que propicia a pessoa compor sua esfera patrimonial e existencial. Assim, quando se fala em autonomia negocial, “dois vértices se abrem para análise. De um lado, a emolduração dogmática da autonomia, entendida como uma permissão do sistema aos particulares para que, como lhes aprouver, disciplinem seus interesses. De outra parte, uma abertura para propiciar, além dessa moldura aberta pela ausência de vedação, alguma força criadora (real e material) dos fatos. Na primeira dimensão, indubitavelmente, se mostra a concepção clássica do trânsito jurídico, fincado numa supremacia aparente da vontade, na qual o voluntarismo jurídico não passa de uma ficção com vestes de realidade. Sem embargo, na segunda dimensão, o auto-regramento corresponde às possibilidades construtivas, superando até mesmo os rigores da dicotomia entre o público e o privado” (FACHIN, Luiz Edson. Dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico tradicional a partir de Pontes de Miranda. In: **Revista tridimensional de direito civil**, v. 1, p. 63).

nas suas pretensões. Foi apenas após a massificação do contrato que a posição do mais fraco ficou visivelmente a descoberto”³⁷⁰.

A redução da autodeterminação determinou a “debilidade” do sujeito. Como assevera Pietro BARCELLONA, uma das grandes contradições da modernidade está na liberdade alcançada pelo sujeito ante a sociedade hierarquizada medieval e na liberdade desperdiçada perante o sistema econômico moderno³⁷¹. O preço pago pelo sujeito moderno é a sua total entrega ao mecanismo de trocas, de modo que “na época do ‘mercado absoluto’ o indivíduo consegue o infinito, porém perde qualquer princípio de identificação”³⁷².

Desse modo, o indivíduo fica preso ao livre jogo de mercado, marcado por interesses egoísticos. O Direito exerce nesse processo papel fundamental, pois permite a convivência de pretensões absolutamente antagônicas e a união da sociedade apesar da “dissipação individual”³⁷³. Enfim, a sociedade de massas é uma sociedade atomizada, em que o indivíduo é completamente suprimido pelo sistema³⁷⁴.

O contrato, nesse viés, perde a áurea de fonte imediata de justiça que detinha no auge do individualismo³⁷⁵. A exploração de um contratante sobre outro, o desequilíbrio contratual, o contrato como efetivo instrumento de concentração de

³⁷⁰ NORONHA, F., **ob. cit.**, p. 73.

³⁷¹ BARCELLONA, P. **El individualismo...**, p. 21.

³⁷² BARCELLONA, P. *Idem, ibidem* (tradução livre de: “*disipación individual*”).

³⁷³ BARCELLONA, P. *Idem*, p. 25. Como observa Luiz Edson FACHIN, “O sujeito se torna o consumidor que, sendo abstrato, acaba por confundir-se com o próprio objeto de consumo, de modo que o valor de troca torna-se a categoria geral de interpretação do mundo. Não há mais um fundamento último, o indivíduo é livre no círculo existencial deixado pelo sistema, representando-se por um sujeito débil que assume diversos papéis, sendo o de maior relevância – nessa perspectiva – o de consumidor. É o triunfo do valor de troca e da mercantilização das relações”. (FACHIN, L. E. **Estatuto jurídico...**, p. 54).

³⁷⁴ FACHIN, L. E. *Idem, ibidem*.

³⁷⁵ Como explica ANTUNES VARELA, “a razão da vinculação está em que a promessa livremente aceite por cada uma das partes cria expectativas fundadas junto da outra e o acordo realiza fins dignos de tutela do direito”. Desse modo, “essa *vinculação recíproca* não viola o princípio da autonomia privada, na medida em que assenta sobre a *autodeterminação* de cada um dos contratantes” (ANTUNES VARELA, J. de M. **Ob. cit.**, p. 246). Assim, esvaziada a autodeterminação individual de um dos contratantes, o contrato conseqüentemente tem esvaziado seu sentido de justiça.

riquezas foram fatores de forte impacto no universo contratual abalando a imagem de mecanismo efetivo de consolidação da emancipação do homem; como observa Luiz Gomes, “O individualismo, porém, acabou por se matar a si próprio, degenerando em totalitarismo, pois que a liberdade transporta em si o germe da auto-destruição. Gerou o capitalismo e este a matou”³⁷⁶. Dessa crise surge o espírito socializante que inicia o processo de reconstrução da teoria contratual.³⁷⁷

A decadência da vontade como elemento base do contrato afetou diretamente a problemática em torno da cláusula *rebus sic stantibus*. O caos econômico ocasionado pelas duas Grandes Guerras (conflito resultado das disputas das grandes potências) agravou as desigualdades econômicas e sociais já presentes nos grandes centros urbanos. Os contratos de longa duração tiveram suas prestações oneradas significativamente. O problema então se pôs e desnudou com clareza a questão da compreensão do contrato como produto exclusivo da vontade e a manutenção irrestrita do pacto³⁷⁸.

³⁷⁶ GOMES, L. R. de F. **Ob. cit.**, p. 35. Desse modo se explica “a proteção do contraente mais débil na posição contratual” (GOMES, L. R. de F. *Idem*, p. 36).

³⁷⁷ Nesse sentido, enfatiza-se a necessidade de relacionar o princípio da liberdade contratual com o da igualdade substancial, pois “Se, ao contrário, a liberdade for entendida sem esta natureza relativa, ou seja, desatada da igualdade que somente a valoriza, ela, então, sufocará os fracos, como faz, em se tornando um privilégio de uma minoria egoísta, capaz de todo os abusos, visto que a estupidez e edacidade humana são ilimitadas”. (SERPA LOPES, M. M. de. **Ob. cit.**, p. 39).

³⁷⁸ A conturbação social e econômica propiciada pela guerra expôs definitivamente o tormentoso conflito entre a segurança e a justiça: “A alteração das circunstâncias foi, igualmente, surpreendente em muitas outras situações, inteiramente modificadas por fatores ligados ao conflito, determinantes da escassez das matérias primas e da mão de obra, bem como dos produtos, cujos preços se elevaram por forma nunca imaginada. O cumprimento dos contratos passou a ser, em muitos casos, lúgubre marcha para a ruína econômica e, em outros, ao menos um sacrifício chocante e, sem dúvida, injusto. Seria fontes de enriquecimento de uns e do correspondente empobrecimento de outros. A equivalência das prestações deixaria de existir. O problema jurídico era inquietante. O tradicional princípio do respeito ao contrato – *pacta sunt servanda* – apresentava-se como difícil obstáculo. Assinalava-se que quem contrata quer precisamente se resguardar de eventos futuros. O contrato é instrumento de segurança e estabilidade nas relações jurídicas. Não seria, portanto, lógico que, sendo esta a sua finalidade, pudesse o ajuste ser rompido precisamente em virtude de alterações que, segundo a vontade dos contratantes, não deveriam afetar suas obrigações. Por outro lado, havia a considerar que o contrato faltaria à própria finalidade social se se transformasse, por força de circunstâncias novas e imprevisíveis, em meio de aniquilamento econômico. Por certo, em todo o contrato há uma certa dose de álea, as tudo tem seu máximo e o seu mínimo e a previsão do homem médio se faz dentro desses limites. A rigidez do *pacta sunt servanda* conduziria a situações a mais flagrante injustiça. Eis como desenhava a situação. Era, ainda uma vez, a luta entre a noção de segurança e o sentimento de justiça.” (BERSSONE, Darcy. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**, p. 146-147).

Com efeito, conforme visto na parte anterior deste estudo, o apego excessivo à vontade da partes representa verdadeiro obstáculo à aceitação e ao desenvolvimento da revisão contratual. A segurança da contratação era toda voltada à questão subjetiva, de modo que alterar o conteúdo sem a manifestação da vontade das partes consistia em verdadeiro ataque à estabilidade do comércio jurídico.

No entanto, o desequilíbrio dos contratos, especialmente em função das alterações econômicas decorrentes das Grandes Guerras, era enorme. O Direito não poderia voltar as costas para uma realidade que clamava por soluções. Assim, a problemática da alteração das circunstâncias revelava-se tormentosa e perigosa, pois demandava uma conciliação impossível: a do contrato explicado exclusivamente pela vontade das partes e a modificação do pacto por circunstâncias que fugiam completamente ao elemento volitivo dos contratantes.

Esse dilema – vontade *versus* realidade subjacente ao contrato (ou segurança *versus* justiça) – marcará o renascimento das preocupações em torno da cláusula *rebus sic stantibus*. Novas teorias serão então elaboradas, algumas recebendo consagração legislativa. Desde esse quadro teórico delineado vislumbra-se, em verdade, uma crescente abertura da teoria contratual a busca da justiça contratual, como se poderá observar³⁷⁹.

1.2 O ressurgimento da revisão contratual ainda presa às premissas da teoria contratual tradicional: as teorias revisionistas subjetivas da imprevisão e da onerosidade excessiva e a sua repercussão na doutrina e jurisprudência brasileira

³⁷⁹

“Modernamente, o princípio do *pacta sunt servanda* não é encarado de um modo absoluto, em face de outro princípio – o da cláusula *rebus sic stantibus* – ou da teoria da imprevisão, que lhe impõe restrições e dá ao juiz um poder de revisão sobre os contratos” (SERPA LOPES, M. M. de. **Ob. cit.**, p. 44). E o fundamento da revisão está justamente na justiça contratual: “(...) é possível ressaltar a clara tendência da doutrina moderna em fixar o fundamento da cláusula *rebus sic stantibus* na justiça e na equidade. Não há mais ojeriza, demonstrada por juristas anteriores, a inserir esses conceitos no âmbito da aplicação do direito, com o receio de que eles viessem a perturbar a segurança das relações jurídicas. Na realidade, essa nova tendência ancora-se em uma visão tópica do direito, que busca as melhores soluções para os casos concretos, sem se preocupar demasiado com o chamado sistema de direito, tão caro às gerações anteriores”. (MORAES, R. J. de. **Ob. cit.**, p. 460).

Dentre as várias teorias que surgiram no universo jurídico como fundamento da revisão contratual decorrente da alteração das circunstâncias no conturbado Pós-Guerra, duas são de particular relevo para compreensão do papel contemporâneo desempenhado pela revisão dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro: a teoria da imprevisão, incluindo a sua variante denominada teoria da onerosidade excessiva, e a teoria da base negocial.

A importância dessas teorias justifica-se não somente pela divulgação (ainda que em graus diferenciados) obtida em países de grande tradição jurídica filiados à família romano-germânica (especialmente na França, Itália e Alemanha), mas principalmente pela repercussão que atingiram no cenário jurídico nacional, seja por recentes consagrações legislativas (o artigo 317 da recodificação brasileira adota, ainda que de forma mitigada, a teoria da imprevisão; os artigos 478, 479 e 480 prevêm a teoria da onerosidade excessiva, inspirados claramente no artigo 1.467 da codificação italiana de 1942; grande parte da doutrina considera a parte final do inciso V do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor como adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro da teoria da base negocial formulada em termos objetivos por Karl Larenz), seja por desenvolvimentos doutrinários e aplicações jurisprudenciais (anteriores à publicação de referidos estatutos legislativos).

Entre as teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva e a teoria da base negocial existe uma diferença fundamental. As duas primeiras apresentam-se como teorias ainda ligadas ao voluntarismo, conferindo significativa importância à vontade e à intenção dos contratantes. A segunda apresenta evolução tendente a uma maior objetivação³⁸⁰ (apresentando-se inicialmente, na formulação de Paul Oertmann, com cunho nitidamente voluntarista; a reformulação feita por Larenz, no entanto, ressalta aspectos objetivos, como o equilíbrio entre as prestações). Por isso que são comumente diferenciadas pela doutrina como teorias subjetivas (imprevisão e

380

Como aduz Luís Renato Ferreira da SILVA, “a principal diferença, marcante do subjetivismo e da vinculação à vontade que se faz presente na teoria da imprevisão e torna a teoria da base do negócio mais atraente, diz respeito à previsibilidade das circunstâncias supervenientes, exigida naquela e despendiéndose nesta” (SILVA, L. R. F. da. **Ob. cit.**, p. 127).

onerosidade excessiva) e teoria objetiva (base negocial, na reformulação dada por Larenz³⁸¹).

Tal distinção tem evidente consequência: as primeiras consideram a preservação *daquilo que os contratantes compuseram, segundo a autonomia da vontade que ainda se mantém como fundamento maior de explicação da obrigatoriedade do pacto*; a última leva em conta a *manutenção da instrumentalização do contrato (entendida como mecanismo de tráfego jurídico de bens)*, enfatizando a *finalidade do contrato e o equilíbrio das prestações* (retirando, ainda que de forma tímida, como se verá, a vontade como *fundamento exclusivo da obrigatoriedade do contrato*). Trata-se de uma gradual abertura da revisão contratual à problemática da crise do contrato, processo este que deságua, como se poderá observar, na expansão dos limites da intervenção judicial nos contratos, abrangendo hipóteses não restritas ao fenômeno da alteração das circunstâncias.

A teoria da imprevisão nasceu na França. Já se observou a absoluta incompatibilidade da sistemática francesa com a idéia de revisão dos contratos³⁸². Fundado em axiomas centrais irredutíveis, como o da autonomia da vontade individual e a estrita obrigatoriedade dos contratos, o sistema jurídico francês repele a possibilidade de intervenção judicial no âmbito contratual. No entanto, a instabilidade causada pelos grandes conflitos do início do século XX nos contratos que se perduram no tempo mostrou-se extrema. Clamava-se, portanto, uma resposta; a solução, no entanto, não viria da dogmática contratual, e sim “pela legislação e pela ‘teoria da imprevisão’ na jurisprudência administrativa”.³⁸³

³⁸¹ Percebe-se, nesse sentido, a tendência à objetivação dos requisitos da revisão dos contratos: “(...) podemos afirmar que a evolução da idéia de modificação do conteúdo do contrato por circunstâncias supervenientes foi, paulatinamente, evoluindo de um modelo altamente subjetivista e sobremaneira arraigado ao voluntarismo, conforme pudemos observar na proposição ‘windscheidiana’, para um modelo mais objetivado, como veremos a seguir na teoria elaborada por Larenz” (BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente á contratação positivada no Código do Consumidor, sob a perspectiva civil constitucional. In: **Problemas de direito civil-constitucional**. Gustavo Tepedino (Coord.), p. 295).

³⁸² Parte I, cap. 3, item 3.2.

³⁸³ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 960.

Com efeito, a teoria da imprevisão, constantemente referida em causas contratuais civis, surgiu no Direito Administrativo francês. Sua origem está no caso decidido em 1916 envolvendo a Companhia geral de iluminação de Bordéus, que celebrara um contrato de trinta anos para fornecimento de gás e de eletricidade a Bordéus. Com a alta do carvão ocasionada pela Primeira Guerra Mundial, a viabilidade da Companhia estava ameaçada. O Conselho de Estado francês, embora enfatizando que “o contrato de concessão regula de modo definitivo e que as mudanças integram a álea do contrato” reconheceu a “situação extraordinária gerada pela guerra”, alterando o contrato em razão da “necessidade de assegurar o interesse geral”³⁸⁴. Mais especificamente, visa evitar a interrupção do serviço público, como esclarecem Georges RIPERT e Jean BOULANGER³⁸⁵ e Jean CARBONNIER³⁸⁶.

A teoria da imprevisão, na sua formulação original francesa, não somente era absolutamente excepcional como incompatível com a teoria contratual. Foi justificada à luz de circunstâncias “extraordinárias” visando atender ao “interesse público” (em um claro referencial à finalidade pública que preside o regime jurídico administrativo, evidenciando a separação do espaço público-privado). Nesse sentido, explica Béatrice JALUZOT que

por princípio o juiz não pode intervir nos contratos legalmente formados pelas partes. Não se pode com efeito ver na jurisprudência do Conselho de Estado uma admissão clara e franca da teoria da imprevisão. Própria desta doutrina é o reequilíbrio das prestações entre as partes quando as circunstâncias o exigem. O Conselho de Estado somente admite uma tal modificação nos contratos administrativos (e não nos contratos privados feitos pela administração) e unicamente no objetivo de assegurar a continuidade do serviço público. Não se trata de maneira alguma de reequilibrar um contrato por razões de equidade.³⁸⁷

³⁸⁴ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, p. 960-961.

³⁸⁵ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité de droit civil**: d’après le traité de Planiol, t. II. Obligations, contrat, responsabilité, droits réels, biens, propriété, p. 185.

³⁸⁶ CARBONNIER, Jean. **Droit civil. 2.** Les obligations, p. 270.

³⁸⁷ JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats**: étude comparative de droit français, allemand et japonais, p. 448 (tradução livre de: “*par principe le juge ne peut intervenir dans les contrats légalement formés par les parties. On ne peut en effet voir dans la jurisprudence du Conseil d’État une admission claire et franche de la théorie de l’imprévision. Le propre de cette dernière est de rééquilibrer les prestations entre les parties lorsque les circonstances l’exigent. Le Conseil d’État n’admet une telle modification que dans les contrats administratifs (et non les contrats privés passés par l’administration) et uniquement dans le but d’assurer la continuité du service public. Il ne s’agit aucunement de rééquilibrer un contrat pour des raisons d’équité.*”).

A rigidez contratual foi preservada, colocando-se o problema da alteração das circunstâncias (problemática geral, afeta a qualquer época) como atípico, suscitado unicamente pelo inesperado (e imprevisível) advento do conflito armado³⁸⁸.

Os tribunais franceses competentes para causas civis (especialmente a Corte de Cassação) mantiveram-se inflexíveis, preservando a inexorabilidade do *pacta sunt servanda* ainda em épocas de conflito e instabilidade econômica³⁸⁹. Com efeito, anota Béatrice JALUZOT com relação à teoria da imprevisão que

A Corte de cassação havia antes rejeitado esta teoria – após algumas hesitações – em uma decisão tanto mais chocante quanto sua solução parece totalmente iníqua. No célebre caso do Canal de Craponne ela declarou uma alínea de princípio: *‘Nunca pertence aos tribunais, alguma equidade que possa parecer sua decisão, de tomar em consideração os tempos e as circunstâncias para modificar as convenções das partes e substituir por cláusulas novas às que foram livremente aceitas pelos contratantes’*. A decisão é clara, a força obrigatória de uma convenção deve prevalecer sobre a equidade – o que é a posição inversa das jurisdições alemãs – e pode-se perguntar se não há uma contradição com o papel primeiro do juiz, de servir à justiça, tanto mais que a decisão levava a manter uma convenção antiga de três séculos, em confronto com a proibição de contratos perpétuos.³⁹⁰

³⁸⁸ Apresenta o mesmo espírito da legislação especial criada exclusivamente em função da Guerra (a mais importante foi a Lei “Failliot”), de modo que “a *Loi Failliot* foi uma exceção ao princípio da obrigatoriedade dos contratos disposto no Código de Napoleão e, promulgada nessa particularíssima situação, não teve o condão de esmorecer a firmeza do *pacta sunt servanda* na França” (BARLETTA, F. R. **A revisão contratual...**, p. 6-7).

³⁸⁹ RIPERT, G.; BOULANGER, J. **Ob. cit.**, p. 184; GUESTIN, Jacques; BILLIAU, Marc. **Ob. cit.**, p. 125-126, SANTOS, R. B. T. da S. P. dos. **Ob. cit.**, p. 23 e MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 958-959 e 961. GUESTIN e BILLIAU, no entanto, apontam a admissão da revisão pela Corte de Cassação nas hipóteses de despesas excessivas surgidas na obrigação do locatário em reparar a coisa locada e, por força de fato do príncipe, a obrigação fique desprovida parcialmente de causae objeto (GUESTIN; BILLIAU. **Ob. cit.**, p. 129-130).

³⁹⁰ JALUZOT, B. **Ob. cit.**, p. 447-448 (tradução livre de: “*La Cour de cassation avait auparavant rejeté cette théorie – après quelques hésitations – dans une décision d’autant plus choquante que sa solution apparaît tout à fait inique. Dans la célèbre affaire du Canal de Craponne elle déclara dans un attendu de principe: ‘Il n’appartient jamais aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants’*. La décision est claire, la force obligatoire d’une convention doit primer sur l’équité, - ce qui est la position inverse des juridictions allemandes – et l’on peut se demander s’il n’y a pas là une contradiction avec le rôle premier du juge, à savoir de rendre la justice, ce d’autant plus que la décision aboutissait à maintenir une convention vieille de trois siècles, à l’encontre de la prohibition des contrats perpétuels).

A doutrina majoritária aplaude as decisões jurisprudenciais. Nesse sentido, RIPERT e BOULANGER aprovam a solução dada pelos tribunais franceses, afirmando, com relação a não aceitação da cláusula *rebus sic stantibus*, que os contratantes

não teriam nenhum interesse em comprometer-se por muito tempo se as coisas permanecessem no mesmo estado. Por outro lado, uma cláusula dessa índole seria contrária a utilização econômica do contrato que é um ato de previsão. Seria finalmente de aplicação impossível, já que as coisas jamais permanecem no mesmo estado e seria necessário saber o que as partes não puderam prever e o que teria entrado na suas previsões³⁹¹

Desse modo, a revisão dos contratos, para estes autores, unicamente poderia ser interpretada como “lesão posterior ao contrato”, e já que a lesão somente é admitida no espaço jurídico francês em hipóteses excepcionais, “parece pois impossível vulnerar a força obrigatória do contrato sob o pretexto de que as obrigações estipuladas se encontram, pelo efeito de circunstâncias excepcionais, singularmente agravadas ou aliviadas posteriormente à conclusão do contrato”.³⁹²

No mesmo sentido, Jacques GHESTIN e Marc BILLIAU negam a possibilidade de revisão do contrato pelo juiz, ainda que em casos extremos, como no caso das guerras, em razão da utilidade social do contrato:

Nos dias seguintes à grande guerra, questionou-se se era justo que um dos contratantes assumisse sozinho a carga nascida de um desequilíbrio econômico. O princípio da justiça comutativa implicava naturalmente uma resposta negativa. No entanto a utilidade social do contrato, da qual se deduz o princípio da segurança jurídica, não militava em favor da manutenção do laço de direito sem modificação? Uma resposta positiva foi dada pela Corte de cassação. Pode-se deduzir que o desequilíbrio objetivo das prestações fazendo injusta a execução do contrato não priva necessariamente o contrato de qualquer utilidade social, o que justifica sua manutenção sem adaptação. *Ao menos, um desequilíbrio, mesmo de uma certa gravidade, não basta para afastar a*

³⁹¹ RIPERT, G.; BOULANGER, J. **Ob. cit.**, p. 183 (tradução livre de: “*n’auraient aucun intérêt à s’engager pour longtemps si les choses restaient en l’état. D’autre part, une telle clause serait contraire à l’utilité économique du contrat qui est un acte de prévision. Elle serait enfin d’une application impossible, car les choses ne restant jamais en semblable état et il faudrait savoir ce que les parties n’ont pu prévoir et ce qui est entré dans leurs prévisions*”).

³⁹² RIPERT, G.; BOULANGER, J. *Idem*, p. 184 (tradução livre de: “*Il paraît impossible de faire échec à la force obligatoire du contrat, sous le prétexte que les obligations stipulées se trouvent, par l’effet de circonstances exceptionnelles, singulièrement aggravées ou allégées après la conclusion du contrat*”).

presunção de utilidade social do contrato, que é um ato de previsão. E esta presunção não pode deixar de ser aceita.³⁹³

Poucos são os doutrinadores franceses que aceitam a idéia da revisão contratual. BARLETTA lembra Jean Bonecasse³⁹⁴, podendo-se ainda citar favoravelmente à revisão dos contratos por imprevisão na doutrina francesa as teorias de Voirin (baseada na finalidade contratual), Fyot (que visualiza a teoria da imprevisão no artigo 1150 do Code, que somente responsabiliza o devedor pelos danos e interesses previstos ou que pudessem ser previstos no contrato) e Magnan de Bornier (calcada nas circunstâncias objetivas do contrato que determinam o preço³⁹⁵).

Ressalte-se a posição de Philippe STOFFEL-MUNCK, que defende a teoria da imprevisão sob o duplo aspecto da variedade da estabilidade contratual a partir da próprio acordo das partes (o que pode ser entendido como finalidade contratual) e do princípio da boa-fé:

A análise dos fundamentos e do alcance do princípio *pacta sunt servanda* autoriza o pensamento de que a fixação do conteúdo do contrato não é uma consequência obrigatória do artigo 1134 do Código Civil. Há hipóteses onde a pesquisa de uma verdadeira estabilidade das transações impõe uma certa flexibilidade contratual. Esta se exerce em favor do credor, deveria-lhe permitir manter o

³⁹³ GHESTIN e BILLIAU. **Ob. cit.**, p. 166 (tradução livre de: “Au lendemain de la grande guerre, on s’est demandé s’il était juste que l’un des contractants assume seul la charge née déséquilibre économique. Le principe de justice commutative impliquait naturellement une réponse négative. Cependant l’utilité sociale du contrat, dont se déduit le principe de sécurité juridique, ne militait-elle pas en faveur du maintien du lien de droit sans modification? Une réponse positive a été donnée par la Cour de cassation. On peut en déduire que le déséquilibre objectif des prestations rendant injuste l’exécution du contrat ne prive pas nécessairement le contrat de toute utilité sociale, ce qui justifie son maintien sans adaptation. *A tout le moins, un déséquilibre, même d’une certaine gravité, ne suffit pas à écarter la présomption d’utilité sociale du contrat, qui est un acte de prévision.* Et cette présomption ne peut être renversée”).

³⁹⁴ BARLETTA, F. R. **A revisão...**, p. 13

³⁹⁵ GHESTIN e BILLIAU. **Ob. cit.**, p. 160-164. No entanto, os autores admitem a adoção de uma disposição geral acerca da teoria da imprevisão unicamente em razão do avanço da união européia, fator que exige instrumentos que mantenham as mesmas condições de competitividade das empresas dos diversos países; como a maioria dos ordenamentos jurídicos europeus aceitam a revisão contratual, há, segundo os autores uma necessidade do direito francês reconhecer amenizações á obrigatoriedade contratual; mas ao final advertem: “a revisão ou a resilição do contrato somente deve ser admitidas, a semelhança das legislações estrangeiras, de forma excepcional. Como qualquer exceção, ela deveria ser de direito estrito” (tradução livre de: “la révision ou la résiliation du contrat ne doivent être admises, à l’instar des législations étrangères, que de façon exceptionnelle. Comme toute exception, elle devrait être de droit étroit”; GHESTIN e BILLIAU. *Idem*, p. 173).

valor de seu crédito a despeito de eventos que viessem a privar de qualquer utilidade em relação a ela. Este é o primeiro fundamento que se poderia dar a um poder de revisão judicial das convenções. Ao lado disso, o devedor pode se encontrar igualmente socorrido quando a fatalidade transforma o contrato em armadilha e o conduz à acumular as partes. A exigência da boa-fé vem então temperar o rigor da regra de direito e impõe ao credor procurar as soluções possíveis para subtrair de seu parceiro a infelicidade que o abateu. Aqui pode se encontrar um segundo fundamento para a teoria da imprevisão.³⁹⁶

No direito contratual francês, o interventor maior no contrato não foi o juiz e sim o legislador, editando leis específicas para atendimento de questões emergenciais ocasionadas pela Guerra (a mais famosa foi a lei Falliot, de 1918³⁹⁷), fato este que não levanta “problemas particulares de construção científica”³⁹⁸. Com efeito, anota Béatrice JALUZOT, referindo-se ao poder judicial de revisão do contrato, que “muitos pensam que somente o legislador concederia ao juiz este poder, este último não podendo o reivindicar para si”³⁹⁹.

396

STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Regards sur la théorie de l'imprévision**: vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, p. 100 (tradução livre de: “*L’analyse des fondements et de la portée du principe pacta sunt servanda laisse à penser que la fixité du contenu du contrat n’est pas une conséquence obligée de l’article 1134 du Code Civil. Il est des hypothèses où la recherche d’une véritable stabilité des transactions impose une certaine souplesse contractuelle. Celle-ci s’exerce en faveur du créancier, elle devrait lui permettre de maintenir la valeur de sa créance en dépit des événements qui viendraient la priver de toute utilité à son égard. C’est le premier fondement qu’on pourrait donner à un pouvoir de révision judiciaire des conventions. A côté de cela, le débiteur peut se trouver également secouru lorsque la fatalité transforme le contrat en piège, et le conduit à accumuler les parties. L’exigence de bonne foi vient alors tempérer la rigueur de la règle de droit, et impose au créancier de chercher les solutions envisageables pour soustraire son partenaire au malheur qui l’a frappé. Ici peut se trouver un second fondement à la théorie de l’imprévision.*”). O autor ressalta ainda que a legislação francesa tende a permitir a intervenção judicial no contrato em nome da equidade e do interesse social, mas que os mecanismos para concretização dessa idéia ainda são muitos frágeis (STOFFEL-MUNCK, P. **Ob. cit.**, p. 164-165).

397

SANTOS, R. B. T. da S. P. dos. **Ob. cit.**, p. 17-18.

398

MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 960. “Em matéria de interpretação contratual, inclusive, existe um princípio geral segundo o qual ‘nem a equidade, nem a boa-fé nem os costumes autorizam o juiz à modificar as cláusulas claras e precisas do contrato’ (tradução livre de: “*qu’en matière d’interprétation des conventions il existe un principe général selon lequel ‘ni l’équité, ni la bonne foi ni l’usage n’autorisent le juge à modifier les clauses claires et précises du contrat’*”; JALUZOT, B. **Ob. cit.**, p. 297).

399

JALUZOT, Béatrice. *Idem.*, p. 447-448 (tradução livre de: “*beaucoup pensent que seul le législateur serait à même d’accorder au juge ce pouvoir, ce dernier ne pouvant se l’arroger lui-même*”). No mesmo sentido, RIPERT, G.; BOULANGER, J. **Ob. cit.**, p. 185. RIPERT ratifica sua posição, tomada na famosa obra “A regra moral nas obrigações civis”, de que “O direito de anulação, e ainda menos o direito de revisão, não pode ser dado ao juiz sob o simples pretexto de imprevisão e de desequilíbrio das prestações” (RIPERT, G. **Ob. cit.**, p. 166).

Desse modo, a teoria da imprevisão, na França, não se desenvolveu, principalmente em razão das características da sistemática francesa, onde valoriza-se significativamente a vontade dos contratantes. No entanto, lograria imenso sucesso em outros espaços jurídicos, especialmente em Portugal e no Brasil; a partir da década de trinta, o legislador passou a intervir no âmbito contratual e as doutrinas em torno da possibilidade de flexibilização do princípio da obrigatoriedade dos contratos cresceram⁴⁰⁰.

A influência da teoria da imprevisão foi tamanha no espaço jurídico luso-brasileiro que a problemática geral da revisão dos contratos passou a ser tratada como imprevisão, independente dos fundamentos e das causas para a modificação do conteúdo do contrato. A posição de CARVALHO FERNANDES demonstra bem isso: o autor português fundamenta a teoria da imprevisão na idéia de cooperação formulada por Emílio Betti, argumentação completamente diferente da teoria da imprevisão surgida na jurisprudência administrativa francesa⁴⁰¹. Teorias surgidas anteriormente ao advento da imprevisão francesa são compreendidas pela doutrina nacional como fundamentos diversificados da imprevisão francesa⁴⁰² (enfim, a problemática da revisão contratual em seus aspectos globais é trabalhada em termos de teoria da imprevisão).

Da mesma forma que diversas teorias com fundamentos diferenciados são vistas como teoria da imprevisão na doutrina portuguesa e brasileira, a teoria da onerosidade excessiva exposta no artigo 1467 do Código Civil italiano foi interpretada pela doutrina e jurisprudência italiana como teoria da pressuposição⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Sobre a doutrina nacional da primeira metade do século XX acerca da intervenção nos contratos, v. parte I, cap. 3, item 3.3.

⁴⁰¹ CARVALHO FERNANDES, A. L. **Ob. cit.**, p. 83-84. Nesse sentido, a observação de MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 955, nota 189.

⁴⁰² Assim ocorre em relação à teoria da pressuposição, do final do século XIX e do erro, da primeira década do século XX. Nesse sentido, DONNINI, R. F. **Ob. cit.**, p. 38.

⁴⁰³ Nesse sentido, v. a decisões colacionadas por MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 982. A interpretação foi tanto em termos da abertura à problemática da alteração das circunstâncias (reduzindo-a terminologicamente à pressuposição), como em relação às próprias concepções conceituais de Windscheid (MENEZES CORDEIRO, A. M. R. da. e. *Idem*, p. 983).

Percebe-se, com isso, que autores divergem quanto ao fundamento e à extensão da revisão dos contratos por parte do juiz, mas se prendem a uma única epígrafe, ou seja, utilizam-se da mesma *terminologia*. O mesmo ocorre com a cláusula *rebus sic stantibus*, cujas teorizações posteriores afastam-se das concepções medievais. Por isso,

perante esta diversidade linguística, ocorre de imediato proceder a uma análise dita material do tema, independente, pois, das designações adoptadas pelos diversos autores. Estudar-se-ia, assim, por exemplo, sob o epíteto das orientações objectivistas, uma *clausula rebus sic stantibus* objectiva, a base do negócio objectiva, a inexigibilidade, a impossibilidade económica e a excepção da ruína e, como orientações subjectivas, uma *clausula rebus sic stantibus* subjectiva, a pressuposição, a base do negócio subjectiva e, ainda outros esquemas. A simples necessidade de duplicar, através dos adjectivos ‘objectivo’ e ‘subjectivo’, as diversas fórmulas, mostra a presença, por ténue que seja, de uma unidade material sob os epítetos lingüísticos.⁴⁰⁴

Tal observação é importante, pois o que se está tratando neste momento é a teoria da imprevisão *na forma como surgiu na jurisprudência administrativa francesa*.⁴⁰⁵

A expansão da teoria da imprevisão pode ser explicada pelo cunho exclusivamente subjetivo da grande maioria das teorias acerca da revisão dos contratos, preocupadas mais com a preservação da vontade dos contratantes (traduzida em termos de previsão) do que com o conteúdo do contrato (entendido a partir dos bens instrumentalizados e do equilíbrio das prestações). A teoria da imprevisão apresenta-se, assim, como um esforço teórico de adaptação da

⁴⁰⁴ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, p. 968-969. Cabe ressaltar a advertência do autor: “Tal como acontece com as questões ditas formais, ou com a compleição dada ao ch. Sistema externo, não deve dar-se, à não correspondência assinalada, o sentido de uma total falta de conteúdo material: uma remodelação meramente linguística tem, pelo menos, o sentido seguro da preservação das realidades pretensamente combatidas e substituídas” (MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem*, *ibidem*, nota 248). Nessa ordem de idéias, pode-se falar em “doutrinas abrangidas pela teoria da imprevisão” (TEPEDINO, Gustavo et al. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**, p. 610).

⁴⁰⁵ Cabe ainda uma observação: as diversas teorias surgidas no decorrer da história enfrentaram a mesma problemática (alteração das circunstâncias), mas apresentam requisitos e pressupostos diferenciados. O fato de terem se preocupado com o mesmo fenômeno não autoriza a interpretação de que possam ser reunidas sob uma única nomenclatura (tais como imprevisão ou *rebus sic stantibus*, por exemplo, como o faz MORAES, R. J. de. **Ob. cit.**, p. 86); metodologia esta que ignora as especificidades de cada teorização e contribui para insegurança no trato da matéria.

possibilidade da intervenção judicial nos contratos aos pressupostos da teoria contratual tradicional (calcada, como visto, na vontade das partes).

Além do subjetivismo como característica da teoria da imprevisão⁴⁰⁶ (comum da maioria das teorizações sobre a intervenção judicial nos contratos), a grande divulgação da idéia da imprevisão pode ser compreendida de outra maneira: o alargamento da teoria de modo a atender situações para as quais não fora originalmente construída. Com efeito, de aplicação restrita a circunstâncias emergenciais decorrentes de Guerras para qualquer perturbação no contrato imprevisita que leve ao desequilíbrio contratual⁴⁰⁷. Nessa ordem de idéias, a teoria da imprevisão surgiu *como resposta inicial à crise da teoria contratual tradicional decorrente da massificação social*.

A partir disso é preciso delimitar bem os pressupostos efetivos para aplicação da teoria da imprevisão e analisá-los à luz da nova realidade contratual massificada. Mais precisamente: é necessário averiguar se a teoria da imprevisão atende às demandas de uma sociedade marcada por processos de contratação despersonalizados e cujas alterações no ambiente subjacente ao contrato são freqüentes e com efeitos extremamente gravosos a um dos contratantes.

A teoria da imprevisão exige três pressupostos essenciais para a revisão do contrato: a imprevisibilidade, a extraordinariedade ou excepcionalidade do evento ensejador do desequilíbrio contratual e a excessiva onerosidade a ser arcada por um dos contratantes⁴⁰⁸. Somente seria possível, portanto, a intervenção no contrato se presentes estes três elementos: a) um fato posterior à contratação absolutamente

⁴⁰⁶ Como esclarece BARLETTA, são "*teorias com fundamento na imprevisão* aquelas construções que justificam a resolução ou a revisão de um contrato que se tornou excessivamente oneroso no decorrer do tempo, em virtude de transformações ocorridas posteriormente à contratação, que não puderam ser previstas no momento da formação do referido contrato" (BARLETTA, F. R. **A revisão...**, p. 17-18).

⁴⁰⁷ Como, por exemplo, nos casos referentes à correção monetária, especialmente, com relação ao cenário econômico brasileiro, aos planos governamentais do final da década de 1980 e início da década de 1990.

⁴⁰⁸ Requisitos previstos no artigo 478 do Código Civil brasileiro, que prevê uma variante da teoria da imprevisão (a teoria da onerosidade excessiva). No mesmo sentido, considerando todavia o art. 1.467 do Código Civil italiano (que também adota a teoria da onerosidade excessiva), SILVA, L. R. F. da. **Ob. cit.**, p. 108 e SPEZIALI, Paulo Roberto. **Revisão contratual**, p. 99-100.

imprevisível, isto é, não passível de previsão pelas partes; b) extraordinário, que não seja corriqueiro ou comum a uma dada realidade; c) onerosidade excessiva, gerada pelo fato imprevisível extraordinário a um dos contratantes de modo a desequilibrar significativamente o contrato.

Aliado a esses pressupostos essenciais colocam-se outros deles derivados: o contrato deve ser de execução diferida ou tradutor de obrigações duradouras (a teoria busca resolver a problemática da alteração das circunstâncias, ou seja, fatos posteriores à contratação que alteram a realidade subjacente ao contrato, desequilibrando-o), o fato desequilibrador das prestações contratuais não pode estar na álea normal do contrato (requisito inerente à onerosidade excessiva, mensurada à luz das obrigações e riscos presentes no contrato⁴⁰⁹), nem imputável a uma das partes (pressuposto inerente a extraordinariedade⁴¹⁰).

Os pressupostos demonstram com evidência o caráter voluntarista da teoria: imprevisibilidade e extraordinariedade⁴¹¹. Apenas fatos que fogem da alçada da vontade das partes poderiam fundamentar a revisão contratual. O que se preserva, então, é *o contrato calcado na vontade das partes, aquilo que as partes previram inicialmente, o consenso inicial*. Essa preservação do elemento volitivo acarreta duas complicações para aplicação da teoria: a autonomia da vontade como fundamento principal do contrato e as dificuldades que uma interpretação essencialmente subjetiva acarretam.

⁴⁰⁹ ROPPO, V. **Ob. cit.**, p. 1024.

⁴¹⁰ SILVA, L. R. F. da. **Ob. cit.**, p. 108. O aspecto subjetivo une, portanto, todos os pressupostos, dando o sentido da teoria da imprevisão. Há autores que, nesse sentido, ligam as noções de imprevisibilidade e extraordinariedade: “Na prática dos intérpretes, a dupla adjetivação si encontra: o parâmetro da extraordinariedade não ganha relevo autônomo, e acaba absorvido naquele da imprevisibilidade, que resta sozinho a comandar o juiz” (com a mesma visão, ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil. In: **Questões controvertidas no novo código civil**, v. 2. Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves (Coord.), p. 178). Regina Papa dos SANTOS alude ainda à execução parcial do contrato (SANTOS, R. B. T. da S. P. dos. **Ob. cit.**, p. 37).

⁴¹¹ MARTINS-COSTA enfatiza que a exigência da “*imprevisibilidade e a excepcionalidade* do evento causador do desequilíbrio, bem como a *extraordinariedade da álea* causada a um dos contratantes” tornam o âmbito da teoria “bastante restrito” (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil**, v. V, t. I.: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações, p. 239). No mesmo sentido, SERPA LOPES, M. M. de. **Ob. cit.**, p. 128.

A manutenção da autonomia da vontade em uma realidade massificada cuja característica principal é a crescente despersonalização do contrato representa a primeira dificuldade da teoria. Isolando a vontade no momento da formação do contrato, a teoria da imprevisão ignora as consequências da vontade no decorrer da existência do contrato (especialmente no que se refere às diferenças entre os sujeitos contratantes⁴¹²). A outra dificuldade está na determinação do que consiste a previsibilidade, ou seja, a identificação de hipóteses que não seriam passíveis de previsão pelos contratantes⁴¹³.

A teoria da onerosidade excessiva parte das mesmas premissas (imprevisibilidade, extraordinariedade e excessiva onerosidade⁴¹⁴), alterando apenas a consequência jurídica: não permite a revisão, mas tão-somente a resolução dos contratos⁴¹⁵. Em que pese a determinação legal pela não revisão, a doutrina italiana (em razão de sua adoção pelo *Codice Civile*) inclinou-se pela revisão contratual⁴¹⁶, embora ainda colocada à luz de eventos não previstos pelos contratantes.

A moderna teoria da imprevisão (assim como sua variante, a teoria da onerosidade excessiva) não consegue, assim, afastar as críticas efetuadas às teorias anteriores (como as da cláusula *rebus sic stantibus* e da pressuposição). Recai, desse

⁴¹² SILVA, L. R. F. da. **Ob. cit.**, p. 121. Caracteriza-se, assim, como uma teoria puramente formal, já que não somente olvida as consequências da manifestação de vontade no curso da contratação, como descarta da análise das condições que envolvem os sujeitos contratantes (levando-se em consideração não a simples autonomia da vontade, mas principalmente a autodeterminação da vontade, como ressaltado no item 1 deste capítulo).

⁴¹³ A objeção à teoria da previsão passa ser simples e eficaz, pois, como enfatiza Karl LARENZ, quem não pensa que as condições podem variar tão pouco tem a esperança de que permaneçam como estão (LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**, p. 10).

⁴¹⁴ AZEVEDO, A. J. de. **Estudos e...**, p. 121. Daí ser considerada uma variante da teoria da imprevisão.

⁴¹⁵ MARTINS-COSTA, J. **Comentários...**, p. 245.

⁴¹⁶ Conforme notícia MARTINS-COSTA, J. *Idem, ibidem*, nota 445. Isso em função do item 3 do artigo 1.467, que prevê a redução equitativa das prestações caso a outra parte aquiecer, levando a uma preponderância da revisão sobre a resolução: “Nos termos do art. 1467/3 do *Código*, a resolução por ‘onerosidade excessiva’ pode ser detida com recurso à modificação ‘équa’ das condições contratuais.; Accionada para fazer valer uma alteração das circunstâncias, a parte que, ainda que a título subsidiário, não peça a *reductio ad aequitatem*, está, pelo menos, num segundo plano, a aceder à resolução: quando, de todo em todo, não a queira, dispõe da faculdade de o impedir. Significa isto que, a nível estatutivo, a ‘onerosidade excessiva’ implica, em primeira linha, a modificação por equidade e, depois, contra o resultante de uma leitura apressada do texto de lei, a resolução” (MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 1103).

modo, na contradição de manter a suposta segurança da contratação concretizada no consensualismo e gerar a insegurança da indeterminação do que as partes poderiam imaginar em termos de oscilação das prestações contratuais. Nesse sentido, parte da doutrina repele a idéia da imprevisão como justificadora da intervenção no contrato:

As chamadas teorias da imprevisão, ressonâncias atécnicas de discussões e soluções em doutrinas estrangeiras, partem de conceito que se há de afastar, radicalmente. Prevê-se subjetivamente, e não objetivamente; deixa-se de prever, subjetivamente, e não objetivamente. Se os autores trabalham os conceitos de imprevisão e de cláusula *rebus sic stantibus*, crescem de pontos equívocos: se em verdade nada se previu, não há falar-se em cláusula; se cláusula houve, explícita, previu-se; se a cláusula é implícita ou tácita resultou de uma regra jurídica que a “dispôs”; se há cláusula *rebus sic stantibus*, à base do negócio jurídico está a continuidade das circunstâncias, de modo que o “imprevisto” subjetivamente foi posto fora de exame porque o previsto foi a continuidade.⁴¹⁷

A dificuldade de determinação do que seja previsível é tormentosa em diversas matérias, como a questão da depreciação monetária em razão da inflação. Em países de tradição inflacionária, como o Brasil, resta complicado justificar a idéia de intervenção nos contratos sob a argumentação de imprevisibilidade de surtos inflacionários⁴¹⁸. A problemática da revisão pela perda inflacionária era, então, colocada à luz dos vários planos econômicos governamentais, que geravam “nova expectativa de estabilidade na economia. A confiança depositada pela

⁴¹⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado...**, v. XXV, p. 246.

⁴¹⁸ Cite-se, como exemplo da oscilação da jurisprudência acerca da imprevisibilidade da inflação, dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: o primeiro, revisando o acordo, adotou o entendimento de que “A correção monetária, como um aspecto diferenciado da teoria da imprevisão no contexto peculiar da economia brasileira, pode incidir mesmo nos contratos avençados sem a sua previsão” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 8.473 do Rio de Janeiro. Muanis Imobiliária Ltda. *versus* Augusto Valentim Filho. Relator: Ministro Athos Gusmão Carneiro, 4ª turma. Acórdão de 23 de outubro de 1991. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 25 de novembro de 1991, p. 17079); o segundo, ao contrário, não revisou o contrato entendendo que “a escalada inflacionária não é um fator imprevisível, tanto mais quando avençada pelas partes a atualização das prestações” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 87.226 do Distrito Federal. Márcio José Chaves da Nóbrega *versus* Encol S/A Engenharia Comércio e Indústria. Relator: Ministro Costa Leite, 3ª turma. Acórdão de 21 de maio de 1996. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 5 de agosto de 1996). Hoje o entendimento é de que a inflação não comporta a teoria da imprevisão por ser fato notório no país e a correção monetária, por sua vez, é sempre devida, independente de previsão contratual (TEPEDINO, G. et al. **Ob. cit.**, p. 612-613; RIZZARDO, A. **Ob. cit.**, p. 140 e SILVA FILHO, Artur Marques da. Revisão judicial dos contratos. In: **Contornos atuais da teoria dos contratos**. Carlos Alberto Bittar (Coord.), p. 156).

população nas medidas econômicas de então corrobora a tese de que a disparada dos preços, àquela altura, era absolutamente imprevisível”.⁴¹⁹ Assim,

já antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, sustentou-se a revisão de contratos de financiamento firmados à época do chamado Plano Cruzado, ao argumento de que tais avenças, celebradas em época de inflação zero e de absoluta confiança, avalizada pelo Poder Público, de estabilidade perene, não mantinham suas bases objetivas durante o período da inflação galopante que, da noite para o dia, surpreendeu a nação, levando à ruína milhares de pequenos empresários e investidores. A jurisprudência, contudo, atada ao entendimento de que a inflação é fenômeno previsível, resistiu à revisão contratual de tais avenças. Inversamente, algumas decisões refletiram a preocupação com a depreciação das prestações diante da corrosão da moeda, acatando a imprevisão para a majoração de índices.⁴²⁰

Problema semelhante deu-se com contratos atrelados à variação cambial. Em determinada época (janeiro de 1999) houve uma alta considerável da moeda norte-americana com a alteração da política de câmbio governamental (concretizada no abandono das “bandas cambiais do plano real”). As prestações contratuais ligadas à variação cambial oneraram significativamente. Novamente a questão foi posta por muitos julgados à luz da previsibilidade ou não da variação cambial⁴²¹, embora

⁴¹⁹ TEPEDINO, G. A teoria da imprevisão..., p. 78.

⁴²⁰ TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos. Elementos para a configuração de um direito da crise econômica. In: **Temas de direito civil**, p. 122. No mesmo sentido, BITTAR, Carlos Alberto. A intervenção estatal na economia contratual e a teoria da imprevisão. In: **Contornos atuais da teoria dos contratos** _____ (Coord.), p. 38. NADER ressalta que apenas a “superveniência inesperada da inflação” autoriza a aplicação da teoria da imprevisão (incluindo aí uma “súbita majoração nos preços da matéria-prima aplicada na fabricação de peças, provocadas por causas internacionais”), e não a desvalorização da moeda que “se opera dentro dos índices esperados pelos setores financeiros” (NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v. 2: obrigações, p. 317). Em sentido contrário, COSTA, D. J. da. **Ob. cit.**, p. 106.

⁴²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 412.579 do Rio Grande do Sul. Abn Amro Arrendamento Mercantil *versus* Claudio Cesar de Musacchio Leite. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 3ª turma. Acórdão de 11 de junho de 2002. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 813, p. 232-234, jul. 2003, p. 232: “Não há como deixar de reconhecer no episódio da forte desvalorização do real diante da moeda norte-americana, ocorrida em janeiro de 1999, evento objetivo e inesperado, a ensejar a modificação da cláusula contratual de ordem a evitar locupletamento de um contratante em detrimento de outro”. O min. Relator, embora observando que “a flutuação da cotação da moeda base é perfeitamente previsível”, enfatizou que “é forçoso reconhecer que houve, sim, uma abrupta e imprevisível alteração no regime cambial que vigera desde 1994”. Em outra decisão, a Corte Superior, aplicando o Código de Defesa do Consumidor, afastou a o requisito da imprevisibilidade: “basta que seja superveniente e que traga excessiva onerosidade ao consumidor” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 361.694 do Rio Grande do Sul. Finasa Leasing Arrendamento Mercantil S/A *versus* Benedito Tadeu Cesar. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 3ª turma. Acórdão de 26 de fevereiro de 2002. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 25 de março de 2003, p. 281).

incidissem a norma do art. 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor que dispensa tal requisito.

Tais questões são meras exemplificações da dificuldade de aplicação da teoria da imprevisão. Demonstrem, em verdade, o problema da manutenção de esquemas teóricos calcados exclusivamente na vontade das partes⁴²². Deixa-se de lado a importância do tráfego jurídico em si (dos bens materiais em jogo e do equilíbrio da prestação), atendo-se unicamente ao consenso das partes.

A redução da revisão dos contratos ao aspecto subjetivo põe de lado a principal problemática surgida com a massificação contratual: o esvaziamento axiológico do princípio da autonomia da vontade. Se o contrato não é mais explicado exclusivamente à luz da simples manifestação de vontade das partes, o principal instrumento para a sua manutenção (e adaptação a essa nova realidade subjacente ao contrato) igualmente não pode ser justificado por teorias essencialmente voluntaristas.

Em uma realidade massificada, marcada pela hipercomplexidade⁴²³, as alterações do mundo fático são mais constantes e seus efeitos mais contundentes. Nessa ordem de coisas, ressaltam-se o solidarismo, a boa-fé e a importância para os

⁴²² O que gera imprecisões no trato da matéria; neste sentido, COSTA explica a teoria da imprevisão como “um vício de caráter objetivo”, mesmo reconhecendo que “a imprevisibilidade se impõe”. Conclui, então, ter a teoria da imprevisão “a conotação de erro potencial” (COSTA, D. J. da. **Ob. cit.**, p. 171).

⁴²³ Hipercomplexidade no sentido da pluralidade de fontes normativas e da velocidade das transformações sociais características dos tempos atuais. Com isso não se pretende adentrar à delicada discussão a respeito da existência ou não de uma “pós-modernidade”, assunto que desbordaria o recorte temático deste trabalho; crise da razão, realidade complexa (diversos subgrupos sociais) e interatividade entre eles constituem, para Antônio Junqueira de AZEVEDO, as características da pós-modernidade: “A pós-modernidade, debaixo dessas três características – crise da razão, hiper-complexidade, com justaposição das diversidades, e inter-ação -, perceptíveis também na arquitetura, na literatura, na filosofia, na economia, nas comunicações e até mesmo nas ciências exatas, atingiu em cheio o direito.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. In: **Revista de direito do consumidor**, nº 33, p. 124-125). Já o pluralismo, a comunicação, a narração e o retorno aos sentimentos constituem os elementos da cultura pós-moderna no direito para Erik Jayme, como explica Cláudia Lima MARQUES: “Segundo Erik Jayme, as características, os elementos da cultura pós-moderna no direito, seria: o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de ‘le retour de sentiments’, sendo a *Leitmotive* da pós-modernidade, a valorização dos direitos humanos. Para Jayme o direito, como parte da cultura dos povos, muda com a crise da pós-modernidade” (MARQUES, C. L. **Ob. cit.**, p. 162).

contratantes dos bens instrumentalizados pela relação contratual. Dados e circunstâncias, portanto, objetivos. A teoria da imprevisão é demasiadamente restrita para atender a essas demandas, de modo obstaculizar a efetividade contratual.

Nesse sentido, a teoria da imprevisão, ao valorizar excessivamente o elemento subjetivo, contribui para um distanciamento do contrato da realidade (visa preservar o consenso inicial formal⁴²⁴). E, quando se trata de revisão dos contratos, é necessário enfatizar os elementos concretos da relação contratual:

É conquista relativamente recente na dogmática o princípio de que a vontade do legislador não prevalece na interpretação da lei, porque essa precisa adaptar-se às condições sociais. As leis, portanto, tendo destino duradouro, não podem ficar condicionadas a uma hipotética vontade do legislador e são adaptadas às situações de cada época. Nos contratos – na época em que prevalecia interpretação da vontade abstrata – o fenômeno era o mesmo. ‘Pacta sunt servanda’ era princípio que não comportava exceção. O sistema de direito manifestava-se no que tocasse à interpretação de modo harmônico. Em se tratando de lei, vigorava a vontade do legislador e, no respeitante aos atos jurídicos, o princípio também era o que correspondia àquela posição, o da vontade das partes. Colocava-se assim o ato jurídico completamente à margem da vida. O pensamento, porém, daqueles que vêm no contrato uma vontade abstrata, que defendem a posição de que, uma vez perfeitos, estão livres de toda e qualquer modificação, ainda que ditada por novos fatos sociais, outra coisa senão em considerar o contrato como algo meramente formal, verdadeiro mecanismo à margem da vida, maior produtor de conflitos de interesses do que soluções para os mesmos⁴²⁵.

A teoria da imprevisão, portanto, mantém as premissas fundamentais da teoria contratual tradicional: vontade individual e abstração⁴²⁶. É a preservação do contrato em seus moldes clássicos elaborados nos séculos XVII e XVIII. Representa, em suma, uma tentativa de preservação das bases contratuais clássicas em uma realidade que não mais as sustenta. Daí os seus problemas e as dificuldades de sua aplicação.

As limitações da teoria da imprevisão levaram a uma tendência à objetividade no trato da revisão dos contratos, de modo a permitir uma flexibilidade

⁴²⁴ A idéia atual é, ao revés, pela preservação do “equilíbrio” (MARTINS-COSTA, J.. **Comentários...**, p. 255).

⁴²⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**, p. 131-132.

⁴²⁶ SILVA, L. R. F. da. **Ob. cit.**, p. 121.

maior na sua aplicação⁴²⁷. Há, desse modo, o conseqüente distanciamento do elemento volitivo como suporte principal da revisão dos contratos. Fala-se, então, de finalidade objetiva do contrato e de busca da equivalência contratual⁴²⁸. A teoria mais aceita no Brasil que trabalhou em parâmetros objetivos foi a teoria da base negocial objetiva reformulada por Karl Larenz, representando a abertura inicial da revisão contratual à superação dos limites subjetivos herdados da teoria contratual tradicional.

1.3 A teoria da base do negócio objetiva de Larenz e a busca da superação do subjetivismo na revisão dos contratos

Conforme já visto, a sistemática alemã, mais afeta à resolução de problemas concretos, apresentava maiores condições para desenvolvimento de esquemas teóricos referentes à intervenção judicial nos contratos⁴²⁹. Assim, elaborou-se, ainda no século XIX, a teoria da pressuposição de Windscheid, cujo maior mérito foi recolocar em pauta a problemática em torno da cláusula *rebus sic stantibus*. As preocupações relativas à revisão contratual intensificaram-se com os distúrbios econômicos provocados pelas grandes guerras. Daí o desenvolvimento, na esteira das reflexões de Windscheid, da teoria da base negocial por Paul Oertmann.

As raízes da base negocial, no entanto, residem no direito inglês, especificamente no caso “Taylor v. Caldwell” (1863)⁴³⁰, envolvendo a hipótese de incêndio de centro de música que seria locado por quatro noites. O juiz Blackburn reconheceu na hipótese a *frustração* do contrato, liberando o locador de pagar os prejuízos sofridos pelo locatário. Considerou, ainda, como condição implícita a existência da coisa objeto do contrato⁴³¹ (a semelhança com a doutrina da cláusula

⁴²⁷ RIZZARDO, A. **Ob. cit.**, p. 281.

⁴²⁸ LARENZ, K. *Idem*, p. 130 e 147.

⁴²⁹ Vide Parte I, cap. 3, item 3.2.

⁴³⁰ RAY, José Domingo. **Frustración del contrato**, p. 21.

⁴³¹ RAY, J. D. *Idem, ibidem*.

rebus sic stantibus é evidente). Mas a verdadeira semente da base negocial está nos famosos *coronation cases* (casos envolvendo as locações de apartamentos e casas para apreciação da coroação de Eduardo VII prejudicadas pela não realização do evento que se daria em junho de 1902), em que se abandonou a justificativa da condição implícita e se adotou a perspectiva da “frustração que atingia o fim do contrato”⁴³².

Nascia, então, a teoria da frustração do contrato, aplicável “quando, por circunstâncias extraordinárias supervenientes e sem culpa de nenhuma das partes, se produz uma alteração na natureza das obrigações, transformando-se em algo fundamentalmente distinto do que se teve em mente ao contratar, ou seja, que se converte o contrato em algo diferente do acertado”.⁴³³ Enfatiza, em suma, uma alteração fundamental e objetiva das circunstâncias (que constituem, assim, a base do contrato) de modo a transformar a obrigação em outra distinta daquilo que as partes convencionaram.

Observe-se a dispensa da imprevisibilidade como pressuposto fundamental para intervenção no contrato. Esta é justamente a característica principal que diferencia as teorias ligadas à base negocial das anteriores: a gradual tendência à objetivação. O direito inglês, apesar de ter originado a teorização da base negocial, restringiu posteriormente de maneira significativa suas potencialidades⁴³⁴. O desenvolvimento maior da teoria da base negocial deu-se efetivamente no espaço jurídico alemão, a partir da obra de Oertmann.

Oertmann parte das noções trabalhadas por Windscheid. Procurou, mais precisamente, superar as críticas formuladas por Lenel acerca da insuficiência na

⁴³² SILVA, L. R. F. da. **Ob. cit.**, p. 130.

⁴³³ RAY, J. D. **Ob. cit.**, p. 23 (tradução livre de: “*cuando, por circunstancias extraordinarias sobrevinientes y sin culpa de ninguna de las partes, se produce un cambio en la naturaleza de sus obligaciones, transformándose en algo fundamentalmente distinto a lo que se tuvo en miras al contratar, es decir, que se convierte al contrato en algo diferente a lo convenido*”).

⁴³⁴ Especialmente com o *Law Reform (frustrated contracts) Act*, de 1943, que determinou unicamente reembolsos à parte prejudicada em casos de contratos frustrados (SILVA, L. R. F. da. **Ob. cit.**, p. 131).

separação entre pressuposição e motivos⁴³⁵. Para tanto, utiliza-se da noção de representação mental como conceito fundamental para determinação da base negocial. Nesse sentido, base do negócio para Oertmann é “a representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não rechaçada pela outra parte, ou a comum representação das diversas partes sobre a existência ou aparição de certas circunstâncias, na quais se baseia a vontade negocial”⁴³⁶.

Na visão de Oertmann, os negócios são firmados sobre certos fundamentos – a base do negócio – os quais não se confundem com os motivos, já que estes são unilaterais. A representação mental, por sua vez, é sempre bilateral, já que compartilhada por ambas as partes⁴³⁷. A teoria oertmaniana mantém, ainda, como característica o voluntarismo, pois “como o conteúdo e o objecto do negócio são determinados pelas partes, só delas pode depender que as circunstâncias constituam, para elas, o fundamento negocial”⁴³⁸.

O objetivo claro da teoria de Oertmann é separar a noção de representação mental dos motivos visando superar as objeções à Windscheid operada por Lenel. Para tanto, tal teoria misturou ao elemento volitivo elementos materiais, criando assim uma representação “psicológico-real”, e determinou como requisito de aplicação de sua teoria o prévio conhecimento e a aceitação desta representação mental pela outra parte, ainda que de forma tácita⁴³⁹.

Apesar da preocupação de Oertmann ligar a vontade das partes a aspectos materiais, o apego excessivo ao elemento subjetivo compromete a aplicação de sua

⁴³⁵ LARENZ, K. **Base...**, p. 22. Desse modo, “procurara introduzir um termo médio entre o simples motivo e a condição a partir de um critério exclusivamente psicológico, ou seja, a vontade interna das partes” (MORAES, R. J. de. **Ob. cit.**, p. 71).

⁴³⁶ LARENZ, K. **Base...**, p. 7 (tradução livre de: “*La representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial*”).

⁴³⁷ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 1.033.

⁴³⁸ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Idem, ibidem*.

⁴³⁹ LARENZ, K., **Base...**, p. 22.

teoria. As dificuldades são as mesmas de qualquer esquema teórico que se utilize de aspectos voluntaristas como fundamento da intervenção no âmbito contratual: a determinação do que está abrangido e o que é passível de abrangência pela vontade das partes:

A alusão à *representação* provoca argumentos contrários à teoria da base subjetiva do negócio jurídico: não se pode preestabelecer que, ao contratar em tempo de paz, se pense em guerra, que pode vir (as guerras sempre podem vir); nem que, ao contratar em tempo de câmbio exterior, se pense em inflação, que pode surgir, ou crescer (cf. E. STAMPE, *Rechtlinien für die Clausula-Praxis*, *Jherings Jahrbücher*, 72, 348, s.). Se não estava na psique de qualquer dos figurantes, é absurdo afirmar-se que houve comum vontade negocial⁴⁴⁰.

Além disso, há a dificuldade adicional de demonstração da aceitação da representação mental da outra parte. Desse modo, a teoria de Oertmann não consegue se distanciar das críticas operadas por Lenel. Igualmente

não se liberta, com efeito, do subjetivismo de que está impregnado o conceito de pressuposição. O critério adotado para a formulação do novo conceito é meramente psicológico porque leva em conta a representação mental de uma das partes ou das duas. Em conseqüência, se não pensaram, ou não podiam pensar, nas circunstâncias que deviam existir, ou persistir, o contrato não poderá ser resolvido pelo desaparecimento de sua base.⁴⁴¹

As críticas a Oertmann redundaram em uma série de teorizações subseqüentes em torno da base negocial, marcadas por um viés mais objetivo. Valorizam essencialmente o escopo contratual construído a partir de determinadas circunstâncias, atendo-se a uma finalidade contratual objetiva (nesse sentido aparecem especialmente Locher e Fulterer⁴⁴²). Nessa tendência objetivista da base negocial, a teoria que mais importa ao tema desta pesquisa (em razão das reflexões a seu respeito efetuadas pela doutrina e jurisprudência nacional) é a teoria da quebra objetiva do negócio, elaborada por Karl Larenz.

⁴⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado...**, t. XXV, p. 223.

⁴⁴¹ GOMES, O. **Transformações...**, p. 51.

⁴⁴² Sobre as doutrinas objetivistas, ver MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 1035-1038 e LARENZ, K. **Base...**, p. 29-34.

A tese de LARENZ é, basicamente, a separação da base negocial em base subjetiva e base objetiva⁴⁴³. A base subjetiva é fundamentalmente construída à luz da teoria de Oertmann: exige que ambos os contratantes partam da mesma base fática, tendo seu regime determinado pelo erro⁴⁴⁴. A base objetiva, por sua vez, é o conjunto de circunstâncias sobre a qual funda-se o consenso, “cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido”.⁴⁴⁵

Na base objetiva, duas situações têm relevância, de acordo com LARENZ: a alteração das circunstâncias implica a ausência de concretização da finalidade contratual (de modo que o contrato não atinge a expectativa das partes, questão esta que remonta à teoria da frustração do contrato inglesa⁴⁴⁶) ou então na quebra da equivalência das prestações, que reflete a insubsistência do sinalagma próprio dos contratos bilaterais⁴⁴⁷. Para ambas as situações, a fundamentação normativa é o princípio da boa-fé previsto nos artigos 157 e 242 do BGB.⁴⁴⁸

Entretanto, como ressaltam MENEZES CORDEIRO, BARTELLA e MORAES, a tese de Larenz ainda mantém um resquício de subjetividade: sua principal preocupação é preservar o equilíbrio contratual de acordo com a intenção das partes, fato claramente demonstrado na definição de base objetiva. Ao final de

⁴⁴³ LARENZ, K. *Idem*, p. 38.

⁴⁴⁴ LARENZ, K. *Idem*, p. 41-42. Por isso a base negocial subjetiva não diz respeito ao fenômeno da alteração das circunstâncias, já que presente no momento de formação do contrato (BERLETTA, F. R. *A revisão...*, p. 15) e sua ausência implica, como regra geral, a ineficácia do negócio (LARENZ, *Base...*, p. 224).

⁴⁴⁵ LARENZ, K. *Idem*, p. 225 (tradução livre de: “cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido”).

⁴⁴⁶ LARENZ, K. *Idem*, p. 38. Explica Inocência Galvão TELLES que a base objetiva é “constituída pelas circunstâncias que as partes pressupõem, sem delas terem consciências, sem propriamente as representarem nos seus espíritos. Trata-se daquelas circunstâncias em que a parte verdadeiramente não pensa, porque as têm como perfeitamente seguras, por exemplo a subsistência do sistema monetário ou das condições econômicas existentes à data de celebração do contrato” (TELLES, I. G. *Ob. cit.*, p. 250).

⁴⁴⁷ LARENZ, K. *Base...*, p. 39.

⁴⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. *Da boa-fé...*, p. 1048.

sua exposição, LARENZ identifica expressamente que *não* há de se ter em conta as alterações de circunstâncias que “sendo previsíveis, formam parte do risco assumido no contrato”⁴⁴⁹. Percebe-se, portanto, que não há um completo distanciamento da voluntariedade das partes⁴⁵⁰, característica comum em todas as teorias ditas objetivas. Nesse sentido, a teoria da base objetiva apresenta-se como “uma fórmula dogmaticamente vazia”⁴⁵¹.

Mas o destaque dado por Larenz a elementos objetivos (desequilíbrio da prestação e rompimento objetivo da finalidade contratual) permitiu uma maior flexibilidade aos requisitos para aplicação da revisão dos contratos. Isso é evidenciado pela interpretação jurisprudencial e doutrinária acerca do artigo 6º, V do Código de Defesa do Consumidor no sentido da admissão da teoria da base objetiva pelo ordenamento brasileiro, afastando-se o requisito da previsibilidade da alteração das circunstâncias.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que

⁴⁴⁹ LARENZ, K., **Base...**, p. 226 (tradução livre de: “*siendo previsibles, forman parte del riesgo asumido en el contrato*”).

⁴⁵⁰ Como aduz o autor lusitano, “A base do negócio, a ser constituída pelas circunstâncias necessárias à prossecução do fim do contrato, dependeria sempre da vontade das partes”. BARLETTA observa que “a teoria da base objetiva de Larenz elege elementos menos subjetivos, como o desequilíbrio entre as prestações e a perda da finalidade do contrato, para justificar sua insubsistência na forma inicialmente pactuada. No entanto, sua teoria ainda possui certa dose de subjetivismo, pois, como se relatou antes, para Larenz, as *circunstâncias objetivamente necessárias para que o contrato subsista* têm direta com as *intenções de ambos os contratantes*, quando poderiam ter apenas ligação com o desequilíbrio contratual ou com a impossibilidade de se alcançar a finalidade contratual, critérios apresentados pelo próprio autor para os casos de quebra da base objetiva do negócio” (A **revisão...**, p. 16). No mesmo sentido, MORAES, R. J. de. **Ob. cit.**, p. 73.

⁴⁵¹ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Ob. cit.**, p. 1050. Como aponta Inocêncio Galvão TELLES, Larenz não conseguiu separar a base negocial dos motivos: “No fundo, ou se trate da chamada base subjectiva ou da chamada base objectiva, estamos sempre na presença de *motivos*, que – com consciência maiô ou menos clara, mais ou menos nítida, da parte dos contratantes – os influenciam e determinam na formação e desenvolvimento de sua vontade”. (TELLES, I. G. **Ob. cit.**, p. 250-251), de modo que para o autor lusitano “a ideia de base do negócio nada adianta, e deixa o problema nos precisos termos em que ele se apresentava à face da teoria windscheidiana da *pressuposição*”. (TELLES, I. G. *Idem*, p. 252). ALMEIDA COSTA igualmente aponta que a idéia de base negocial “reconduz-se, no fundo, à idéia de pressuposição, submetida a determinados requisitos de relevância que não ponham em perigo a segurança dos contratos”. (ALMEIDA COSTA, M. J. de. **Ob. cit.**, p. 294). No mesmo sentido, enfatizando que “a ‘base objectiva’ só pode ser determinada com recurso ao próprio contrato, à sua interpretação e, logo, à vontade das partes, uma vez que a estas compete determinar o tipo de equivalência existente entre a prestação e a contraprestação e, de igual modo, firmar a margem do risco que considerem aceitável, enquanto que o escopo contratual é, por definição, função de cada contrato e das vontades nele corporizadas (...)”, AZEVEDO, A. J. de. **Estudos e...** p. 122).

o respeito ao *pacta sunt servanda* cede passo quando surgem fatos supervenientes, suficientemente fortes para caracterizar a alteração da base em que o negócio foi realizado, que tornem insuportável o cumprimento da obrigação para uma das partes. Nessa hipótese, cabe a revisão judicial do contrato, ou mesmo sua resolução. A inflação é um fato previsível, mas isso não impede que possa ser tomada como causa para modificação ou extinção contratual, quando seus índices venham a desnaturar a obrigação, ou quando são adotados percentuais diversos para a atualização dos rendimentos do devedor e para as suas obrigações, inviabilizando os pagamentos.⁴⁵²

Analisando o mesmo dispositivo legal, Cláudia Lima MARQUES, Antônio Hermam V. BENJAMIM e Bruno MIRAGEM concluem pela adoção da “teoria da quebra objetiva do negócio (...) sem exigir imprevisão, extrema vantagem ou irresistibilidade”.⁴⁵³

Assim, em que pese a acurada observação de Fabiana BARLETTA de que o Código de Defesa do Consumidor não adotou a teoria da base objetiva⁴⁵⁴, tanto a doutrina e a jurisprudência nacional *dela se utilizaram para afastar o tormentoso requisito da imprevisibilidade do fato superveniente*, possibilitando desse modo *uma ampliação do instrumento da revisão dos contratos*.⁴⁵⁵

A própria evolução alemã da base negocial posterior à tese de Larenz foi acompanhada pelos Tribunais pátrios. Nessa perspectiva foi a aceitação da formulação de Kegel acerca da “teoria do risco”, em que os riscos inerentes ao negócio devem se mantidos, independente se a alteração era ou não prevista⁴⁵⁶. Dela resultam duas conseqüências: não reconhecimento de fato superveniente englobado

⁴⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 73370 do Amazonas. Encol S/A Engenharia Comércio e Indústria *versus* Benjamim Matias Fernandes Filho. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª turma. Acórdão de 21 de novembro de 1995. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 12 de fevereiro de 1996, p. 2433. Nesse sentido caminhou também parte da jurisprudência da Corte Superior com relação à variação cambial nos contratos de *leasing*, levando em consideração o equilíbrio contratual (traduzido em termos de onerosidade excessiva) como se observa da análise jurisprudencial realizada por BARLETTA, F. R. **A revisão...**, p. 160 e seguintes.

⁴⁵³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Hermam V. e MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais, p. 180.

⁴⁵⁴ BARLETTA, F. R. **A revisão...**, p. 19.

⁴⁵⁵ Como observa Judith MARTINS-COSTA, “a Teoria da Base objetiva *vem sendo objeto de modelagem jurisprudencial entre nós* desde os finais da década de 1980”. (MARTINS-COSTA, J. **Comentários...**, p. 243).

⁴⁵⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução, p. 146, MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 1053-1054 e SILVA, L. R. F. da. **Ob. cit.**, p. 137. No mesmo sentido ROPPO fundamenta a resolução por onerosidade excessiva “na justa e racional repartição entre os contraentes dos riscos conexos com a verificação das circunstâncias futuras” (ROPPO, E. **Ob. cit.**, p. 263).

no risco natural do negócio e a distribuição equitativa dos riscos acerca de um fato superveniente que extrapole a álea normal do contrato.⁴⁵⁷ Assim caminha a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da variação cambial em contratos de *leasing*:

Processual civil. Agravo regimental e embargos declaratórios, estes recebidos como agravo. Instituição financeira e arrendatária. Contrato de arrendamento mercantil. Divergência. Sede inapropriada. Correção das parcelas. Variação cambial. Dólar norte-americano. 2ª Seção. Tema pacificado. Aplicabilidade do CDC. Compensação/restituição do que foi pago a maior. Possibilidade. Sucumbência recíproca. Ônus divididos em partes iguais. I. Aplicam-se às instituições financeiras as disposições do Código de Defesa do Consumidor, conforme cada situação específica, rejeitado o entendimento contrário, que não encontra sede adequada para confrontação. O que importa para sujeição às diretrizes do CDC é a relação jurídica existente entre o tomador e o fornecedor do crédito sobre o qual se litiga, que é de consumo, não a natureza da pessoa contratante ou a destinação dos bens adquiridos. II. Decisão que afastou a abusividade da cláusula contratual que prevê a correção das parcelas do leasing com base em moeda estrangeira, repartindo igualmente os ônus da brusca variação ocorrida a partir de 19.01.1999, calcada na jurisprudência pacificada na 2ª Seção do STJ, nos termos do REsp n. 472.594/SP, Rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 04.08.2003, posicionamento já informado no despacho agravado. III. A compensação/restituição do indébito é possível, de forma simples, não em dobro, na hipótese de pagamentos nos termos do contrato, posteriores à data ali fixada, tendo em vista o princípio que veda o enriquecimento sem causa do credor, independente da comprovação do erro no pagamento, pela complexidade do contrato em discussão, no qual são inseridos valores sem que haja propriamente voluntariedade do devedor para tanto. Precedentes. IV. Havendo sucumbência recíproca, razoável a divisão e compensação das custas e da verba honorária em partes iguais. V. Agravo regimental da instituição financeira desprovido. Embargos declaratórios da autora recebidos como agravo e parcialmente provido este.⁴⁵⁸

De qualquer maneira, consolida-se a tendência de objetivação da revisão contratual, centrada em torno da teoria da quebra da base negocial formulada por Larenz.

Esse alargamento dos pressupostos da revisão dos contratos não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. MENEZES CORDEIRO e LARENZ observam a crescente tendência da jurisprudência alemã em revisar os contratos com base na

⁴⁵⁷ AGUIAR JUNIOR, R. R. de. **Extinção....**, p. 147-148.

⁴⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 620871 de Minas Gerais. Sociedade Brasileira de Artefatos de Latex Ltda. *versus* Daimler Crysler Leasing Arrendamento Mercantil S/A. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª turma. Acórdão de 22 de junho de 2004. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 22 de novembro de 2004, p. 363.

equidade e na justiça contratual. Tal fato é visto de forma crítica e perigosa pelos autores: o jurista alemão adverte para o risco de ignorância do princípio da segurança do tráfego jurídico⁴⁵⁹; o mestre lusitano enfatiza o distanciamento dos requisitos exigidos pelas doutrinas até então e conclui que o problema da alteração das circunstâncias passa pela adequação da finalidade do contrato e o equilíbrio contratual (ponderação permeada pelo princípio da boa-fé⁴⁶⁰).

A crescente tendência revisionista, todavia, não pode ser vista como um “perigoso” retorno à equidade, e sim como uma reação à crise da teoria contratual. A oscilação jurisprudencial é explicada pela ausência de critérios na aplicação da revisão dos contratos, resultado da assistematização no trato da matéria; mas tal constatação não pode ser vista como um perigo à teoria contratual, e sim como um incentivo ao seu estudo crítico de modo a torná-la compatível com as necessidades contemporâneas.

Como já enfatizado neste trabalho, toda crise pressupõe superação. Se a teoria contratual tradicional não mais responde às novas demandas sociais, ela precisa ser repensada. Coligada a essa revisita aos fundamentos do contrato está a necessidade de preservá-lo, como instrumento indispensável do comércio jurídico que se constitui.

Redesenho e preservação do contrato, eis dois objetivos essenciais que se impõem aos que se dedicam ao estudo da teoria contratual. Nessa ordem de idéias, a função da revisão dos contratos engrandece. Se, inicialmente, estava presa ao fenômeno da alteração das circunstâncias, passa agora a alçar novos vãos, inserindo-se em uma nova ordem de valores que redimensionará completamente seu papel. A análise desse novo papel pressupõe, portanto, o enfrentamento da reconstrução da

⁴⁵⁹ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 1098-1099 e LARENZ, K. **Base...**, p. 143, consignando explicitamente sua reticência em relação a tendência revisionista da jurisprudência alemã.

⁴⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa fé...**, p. 1114: “Mas sabe-se que, em concreto, a solução a propugnar deve manter como referências os factores em litígio, viando restabelecer, se possível, o figurino pensado pelas partes em obediência às exigências de equilíbrio e prossecução do escopo inicial, carreadas, em nome da igualdade, pela boa-fé”.

teoria contratual à luz de valores contemporâneos que darão os contornos do novo papel desempenhado pela revisão contratual.

Capítulo 2 A RECONSTRUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL À LUZ DA ORDEM CONTEMPORÂNEA E A RECONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA*: O PAPEL EMANCIPATÓRIO DA REVISÃO DOS CONTRATOS

2.1 A reconstrução da teoria contratual na ordem contemporânea e a busca do papel emancipatório da revisão dos contratos à luz de uma racionalidade tópico-sistemática: a revisão dos contratos como instrumento de perene revitalização do contrato

A indagação exposta por Karl LARENZ na introdução de sua obra sobre revisão dos contratos é perturbadora e desafiadora: “em que circunstâncias pode e deve (a fim de evitar uma injustiça maior) deixar de aplicar-se um princípio jurídico tão fundamental como o da fidelidade do contrato?”⁴⁶¹ É em torno desta questão que gira toda a problemática da revisão dos contratos, independente de sua causa⁴⁶², questionamento este que, para parte da doutrina, as diversas teorias elaboradas não souberam enfrentar⁴⁶³.

Para a instigadora pergunta de Larenz duas linhas de resposta podem surgir. Uma, mais afeta à racionalidade hermética positivista própria da teoria contratual tradicional, traduz-se na busca de pressupostos fixos para aplicação da revisão dos contratos; nesse sentido, o princípio do *pacta sunt servanda* seria *limitado* por

⁴⁶¹ LARENZ, K. *Base...*, p. 4.

⁴⁶² O questionamento de Larenz, em verdade, está além dos limites da problemática da alteração das circunstâncias que enfrentou na citada obra. Com efeito, colocado o problema em termos de *justiça contratual* (vedadora de contratos desequilibrados), a pergunta pode ser vista a partir dos pressupostos para a intervenção no contrato, afastando-se (ou relativizando-se) o princípio do *pacta sunt servanda* em nome da justiça contratual, independente da causa do desequilíbrio. Essa perspectiva abre espaço para a revisão dos contratos por causas contemporâneas (v. item 2.3 deste capítulo).

⁴⁶³ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado...*, v. 25, p. 250: “O grande mal das teorias em torno do problema está em que não precisam *quais* as circunstâncias, que podem dar ensejo à resolução, ou à rescisão, ou à revisão, e *quais* os pressupostos do contrato para que uma dessas consequências se dê”.

determinados preceitos que possibilitam a modificação do conteúdo do pacto por iniciativa do juiz. Outra diz respeito a inserir o princípio da obrigatoriedade dos pactos em uma ordem axiológica renovada, proporcionando-lhe um novo *significado* de modo a transformá-lo *qualitativamente*. Nessa última hipótese, trilha-se um caminho de *reconstrução* do princípio do *pacta sunt servanda* alavancando com isso um *redimensionamento do papel da revisão dos contratos à luz dos princípios fundamentais do ordenamento pátrio*. A principiologia constitucional permite o diálogo com os dados concretos, de modo *a redesenhar a concreta relação contratual tendo por base os valores fundamentais do sistema*.

Mais do que apresentar possíveis respostas à questão da revisão dos contratos, os caminhos apontados confrontam-se em duas perspectivas metodológicas diferentes. O primeiro põe como valor fundamental a ser perseguido a *segurança* jurídica como um valor em si (tida assim com fim principal a ser perseguido), cada vez mais ameaçada por julgamentos baseados na equidade⁴⁶⁴. O segundo, reconhecendo a normatividade de princípios e valores, correlaciona a obrigatoriedade dos contratos a um núcleo valorativo fundamental presente no ordenamento jurídico (exposto, no caso brasileiro no texto constitucional).

A problemática passa, igualmente, pela análise da atividade jurisprudencial: se adotado o primeiro caminho, tem-se uma redução da revisão dos contratos a determinadas “diretivas traduzidas em regras rígidas”, levando “a maioria dos juízes a reproduzir soluções já admitidas”;⁴⁶⁵ o segundo, por outro lado, propicia uma jurisprudência criativa, utilizando-se a revisão contratual como instrumento de redesenho do contrato.

⁴⁶⁴

Nesse sentido é o entendimento de LARENZ, K. **Base...**, p. 143: “Salta, pois, aos olhos que a tendência do Tribunal Supremo do *Reich* deduzir do § 242 do Código Civil algo assim como uma autorização geral para um amplo amparo judicial para a revisão dos contratos, e ao interpretar equivocadamente o princípio da ‘boa-fé’ como remissão a uma pura jurisprudência de equidade, põe em perigo o princípio ético de fidelidade ao contrato e a segurança jurídica” (tradução livre de: “Salta, pues, a la vista que la tendencia del Tribunal Supremo del Reich a deducir del § 242 del Código civil algo así como una autorización general para un amplio amparo judicial para la revisión de contratos, y a interpretar equivocadamente el principio de la ‘buena fe’ como remisión a una pura jurisprudencia de equidad, pone en peligro el principio ético de fidelidad al contrato y la seguridad jurídica”).

⁴⁶⁵

PINHEIRO, R. F. **Percursos...**, p. 338.

A perspectiva adotada neste trabalho segue esta última linha. Reconhece na revisão dos contratos um poderoso instrumento de *perene revitalização do contrato*.⁴⁶⁶ Com isso possibilita a modificação do conteúdo do pacto *à luz dos valores maiores constantes do ordenamento jurídico brasileiro postos na Constituição da República*. Isso implica o reconhecimento da força normativa de princípios e valores constitucionais⁴⁶⁷, especialmente na função interpretativa e emancipatória a eles inerentes que enaltecem a importância da atividade jurisdicional.

Com isso, pode-se dizer que a tábua axiológica constitucional possibilita os contornos da aplicação da revisão dos contratos⁴⁶⁸. Essa perspectiva metodológica representa o fio condutor desta pesquisa: a consolidação de um pensamento crítico que permita a reconstrução do princípio da *pacta sunt servanda* e reformule o papel

⁴⁶⁶ Nesse sentido Inocêncio Galvão TELLES ressalta que “a principal lição que se colhe da história dos contratos (...) é a sua permanente vitalidade” (TELLES, I. G. **Ob. cit.**, p. 65).

⁴⁶⁷ Foge aos limites desta pesquisa a delicada temática acerca da distinção entre princípios e valores. A diferença mais comum é posta em termos de *densidade normativa*: os princípios densificam os valores, permitindo assim a sua aplicação (nesse sentido, CANARIS, Claus-wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, p. 86-87). Mas isso não significa que os valores não sejam normas jurídicas: “os valores ocupam o lugar de norma básica material; constituem uma referência última sobre sua validade. Segundo este ponto de vista, os valores não estão fora, acima ou abaixo do ordenamento, mas dentro dele, ocupando o lugar de norma delimitadora material” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**, p. 322-323). Desse modo, mais importante do que distinguir valores e princípios, no entanto, é reconhecer sua *força normativa*, reconstruindo assim institutos tradicionais do Direito Civil. A tendência contemporânea é justamente buscar a eficácia, a concretização dos princípios e valores constitucionais, residindo neste ponto (a aplicação) as grandes discussões a respeito da matéria (Nesse sentido, NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, p. 115). SARLET, dissertando sobre a dignidade da pessoa humana, ressalta que esta, “assumindo a feição de princípio (e até mesmo de regra) constitucional fundamental, não afasta seu papel como valor fundamental geral para toda a ordem jurídica (e não apenas para esta), mas, pelo contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**, p. 76).

⁴⁶⁸ Em proposta similar, defendendo a obrigatoriedade da revisão dos contratos com base nos princípios constitucionais (embora não estabelecendo a maneira pela qual a revisão contratual atua em relação aos princípios constitucionais), FIGUEIREDO, A. M. de S. **Ob. cit.**, p. 234: “Nessa circunstância, deve o Estado, por meio do Poder Judiciário, com base na interpretação *civil-consumerista-constitucional* ou *privado-constitucional*, reparar essa lesão, uma vez que nosso sistema legislativo incorporou de forma expressa a possibilidade de revisar ou modificar os contratos, respeitando e aplicando em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, cumulativamente com os demais princípios constitucionais mencionados, objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por força do art. 3º, incisos I a IV da Carta da República”. A partir dessa constatação, a problemática posta é efetivamente qual o papel desempenhado pela revisão contratual face os princípios contratuais, precisamente o objeto desta pesquisa.

desempenhado pela revisão dos contratos⁴⁶⁹; avizinha-se, nessa ordem de idéias, das inúmeras teorias críticas do Direito, cujo ponto comum é o ataque ao legalismo, como aduz Luís Roberto BARROSO:

uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da bênção estatal, da positivação, do reconhecimento expresso pela estrutura do poder. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei. A teoria crítica resiste, também, à idéia de completude, de auto-suficiência e de *pureza*, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos. O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases da legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito). Interdisciplinariedade, que colhe elementos em outra área do saber – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico.⁴⁷⁰

O reflexo dessas mudanças atingiu não somente o pensamento jurídico como o próprio ordenamento jurídico. As constituições, que já continham forte conteúdo principiológico, passaram a disciplinar diversas áreas (como a econômica e a social) com normas abertas, fugindo cada vez mais do modelo da subsunção e exigindo do intérprete e do aplicador uma operação de efetiva construção normativa. Assim, o próprio meio social começou a pressionar para que as normas constitucionais principiológicas e descritivas de valores também redundassem em uma efetiva aplicação jurisdicional (o que é demonstrado pelos conflitos que batem às portas do

469

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**, p. 129: “A Constituição, na sua qualidade de norma jurídica, é suscetível de uma aplicação direta em relação ao supostos de fato subsumível em seus preceitos e valores, seja de forma imediata – como fonte em si, de caráter eminente – seja de modo supletivo, na medida que contém princípios gerais de Direito” (tradução livre de: “*La Constitución, en su cualidad de norma jurídica, es susceptible de una aplicación directa en relación a los supuestos de hechos subsumibles en sus preceptos y principios, ya sea de forma inmediata – como fuente en sí, de carácter eminente – ya sea de modo supletorio, en la medida en que contiene principios generales del Derecho*”). Desse modo, “por serem normas não só dos códigos mas, também, da estrutura do sistema, os princípios gerais são impositivos de conduta.”, exigindo assim “O reconhecimento da ampliação do papel dos princípios gerais, que transitaram de fonte mediata do direito para um nível de imediata fonte na hierarquia das normas, impõe a natural revisão do texto do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual reduz a função de princípio geral só na omissão da lei.” (NALIN, Paulo. Introdução à problemática dos princípios gerais do direito e os contratos. In: **Contrato & sociedade**: princípios de direito contratual. _____ (org.), p. 21).

470

BARROSO, L. R. Fundamentos..., p. 15-16.

judiciário, envolvendo questões de princípios como o da igualdade e da liberdade, em que a técnica da subsunção mostra-se insuficiente⁴⁷¹).

Tais normas abertas e abstratas acarretaram uma crescente atividade hermenêutica construtiva (e criativa) por parte do Poder Judiciário, levando os juízes a efetivamente criarem normas por intermédio de uma interpretação que conjuga a realidade fática com os dados normativos:

Após a Primeira Guerra, a generosidade de alguns espíritos, preocupados com uma justiça mais efetiva, e também a ambição política de outros, menos altruístas, desejosos de ver o Estado sem peias, levaram à visão de que a lei – rígida, inflexível, alheia à diversidade da vida -, antes que útil instrumento da justiça, era um *obstáculo* a ultrapassar. O paradigma termina, pois, por mudar; os juristas deixaram de examinar as questões pelo ângulo da lei e passaram a tomar, nos seus modelos de solução, como centro, a figura do *juiz* (encarado como um representante do Estado). Introduziram-se, assim, nos textos normativos, os conceitos jurídicos indeterminados, a serem concretizados pelo julgador no caso a decidir, e as *cláusulas gerais*, ou seja, fuga da lei para o juiz.⁴⁷²

Essa interpretação construtiva por parte dos Tribunais possibilita interessantes questões teóricas, tais como se conceber a jurisprudência como fonte de direito (equiparada a norma) e que os conceitos jurídicos não podem ser construídos de forma *a priori*, e sim *a posteriori* (a partir dessa junção fato e norma). Há, nessas questões, um choque, que, *grosso modo*, pode ser resumido no conflito

471

Nesse contexto se insere a Constituição brasileira de 1988: “Desse modo, o fim da Segunda Guerra Mundial apresentou à humanidade um prato de difícil digestão: a banalidade e a proximidade do mal, produzindo efeitos variados nas diferentes áreas de conhecimento humano. No direito em geral, e no constitucional em particular, esses eventos representaram o ápice do processo de superação do positivismo jurídico, que havia se tornado dominante nas primeiras décadas do século, e o retorno à idéia de valores. (...) Sob forma de normas-princípios, os valores passaram a ser idéias centrais das Cartas constitucionais (não apenas filosoficamente – como se esperava sempre tivesse sido – mas também juridicamente) e, *a fortiori*, dos Estados por elas organizados, independentemente do governo escolhido a cada momento. Como se vê, parte do crescimento dos temas materialmente constitucionais pode ser debatido à conta da migração dos antigos pressupostos axiológicos para o texto positivo, com a releitura que os novos tempos impõem, e isso por razões históricas nas quais definitivamente não há nada de que se orgulhar, mas que, por isso mesmo, não devem ser desprezadas. A Constituição brasileira de 1988 insere-se nesse contexto histórico não apenas por influência externa, mas também por existência própria.” (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 24-25).

472

AZEVEDO, A. J. de. O direito pós-moderno..., p. 125-126.

entre um velho e um novo Direito, tradutor da crise do positivismo⁴⁷³ e dos postulados emancipatórios modernos (que levam muitos a defenderem a existência de um pós-positivismo). Ressalta-se, assim, a ordem axiológica constitucional em busca de sua concretização:

Não se trata da tradicional concepção positivista acerca da estrutura piramidal do ordenamento jurídico, mas, sim, de compreensão que reputa os princípios como elementos unificadores do sistema, e que, como tais, servem de fundamento à elaboração de outros textos normativos e, sobretudo, são base relevante a determinar o sentido da construção normativa, que sempre se realiza em concreto.⁴⁷⁴

Valoriza-se, então, um sistema *aberto e móvel*, que permite um constante diálogo com a realidade social. Nesse sentido, o sistema passa a ser dinâmico, reconhecendo a historicidade que lhe é inerente. Nessa ordem de idéias, os princípios são reconhecidos como “chave para aplicação-realização do direito”, possibilitando uma constante renovação e reconstrução do Direito.

O caminho adotado, portanto, alinha-se à *constitucionalização do Direito Civil*, entendida como *concretização de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, dentre as quais as relações contratuais*.⁴⁷⁵ Ressalta-se aqui a “dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrentes da

⁴⁷³ Como explica NALIN, “a crise desse modelo jurídico decorre, sobretudo, da força do engessamento da estrutura normativa em torno da regra jurídica, em contraposição à contínua e inevitável evolução social. O esvaziamento ou saturamento da regra, tanto do preceito quanto da sanção, se revelam inevitáveis no curso da história social, sendo este, de fato, um dos pontos de angulação da derrocada do próprio Direito (estático) frente à sociedade (dinâmica)” (NALIN, P. Introdução..., p. 12).

⁴⁷⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Painovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional, p. 19.

⁴⁷⁵ Trata-se, justamente, do cerne da constitucionalização do Direito Civil: “O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil. A Constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico – inclusive do Direito Privado. Os direitos fundamentais não são apenas liberdades negativas exercidas contra o Estado, mas são normas que devem ser observadas por todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição das fronteiras entre público e privado”. (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (org.), p. 98).

idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade⁴⁷⁶; tal dimensão implica ora uma aplicação indireta da Constituição por intermédio das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados previstos na nova codificação ou servindo de suporte para interpretação emancipatória de dispositivos legais (objeto do próximo capítulo), ora uma aplicação direta dos princípios e valores constitucionais fundamentais às relações contratuais⁴⁷⁷ (como se poderá observar a seguir).

Em ambas as situações (aplicação direta ou indireta) a revisão dos contratos exerce papel fundamental: vale-se das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados (assim como de uma hermenêutica emancipatória) ou serve-se de instrumento para aplicação direta dos princípios constitucionais, visando sempre ao redesenho do contrato à luz dos valores contemporâneos.⁴⁷⁸

A revisão dos contratos reveste-se de particular importância por permitir ao Juiz um *efetivo grau de concreção, calcado em uma análise tópico-sistemática, fundamental para efetivação dos valores e princípios constitucionais*. Trata-se da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, como defende SARLET:

Inclinamo-nos hoje – pelo menos à luz do direito constitucional positivo brasileiro – em prol de uma necessária vinculação direta (imediata) também dos particulares aos direitos fundamentais (salvo, é claro, os que têm por destinatário precípua o poder público), sem deixar de reconhecer, todavia, na esteira de Canotilho e outros, que o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas. Tal entendimento, dentre outras razões que aqui não iremos desenvolver, justifica-se especialmente entre nós, pela previsão expressa da aplicabilidade direta (imediata) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que, por sua vez, não se contrapõe ao fato de que, no âmbito da problemática da vinculatividade dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é,

⁴⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 155.

⁴⁷⁷ SARLET, I. W. *Idem*, p. 367-368.

⁴⁷⁸ LORENZETTI, R. L. **Ob. cit.**, p. 253: “(...), o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva. Por isso que o Direito Privado se vê modificado por normas constitucionais. Por sua vez, o Direito Civil ascende progressivamente, pretendendo dar caráter fundamental a muitas de suas regras, produzindo-se então um ‘constitucionalização do direito civil’”.

buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.⁴⁷⁹

A racionalidade, portanto, passa a ser *aberta e possibilita a resolução dos problemas a partir do caso concreto, buscando assim pelo equilíbrio entre a autonomia privada e princípios como o da dignidade da pessoa humana, solidariedade, boa-fé e equilíbrio contratual*.⁴⁸⁰ Desse modo pode-se intentar a *reconstrução do princípio do pacta sunt servanda e da relação contratual como um todo*, fornecendo-lhe um significado diverso do cunho voluntarista tradicional.

Nessa ordem de idéias, direito contratual contemporâneo é a reformulação das bases da teoria contratual com a aceitação de novos princípios que não visam eliminar a principiologia clássica, mas com ela conviver fornecendo-lhe um novo sentido.⁴⁸¹ Trata-se, assim, de uma constante renovação da teoria contratual. Como já observado no primeiro capítulo deste trabalho, o Direito tem um inegável caráter histórico do qual o pesquisador jamais pode descurar. Deve, desse modo, constantemente mergulhar os institutos jurídicos na complexidade dos fatos e daí extrair renovados significados contemporâneos, ou seja, *condizentes com o seu tempo*. Justamente por isso, como observa Gustavo TEPEDINO, não há

⁴⁷⁹ SARLET, I. W. **A eficácia...**, p. 370.

⁴⁸⁰ O caráter instrumental de concretização dos princípios constitucionais da revisão dos contratos pode ser observado na jurisprudência, que se utiliza freqüentemente dos princípios da boa-fé, da função social do contrato e, inclusive, da dignidade da pessoa humana, como se observará das decisões citadas quando da análise de cada princípio.

⁴⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao código civil: parte especial: das várias espécies de contratos**, v. 6., p. 5-6: “Os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios liberais (ou que predominaram no Estado Liberal) – isto é, o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual em seu tríplice aspecto, como as liberdades de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), o princípio de *pacta sunt servanda* (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres, reconhecida e atribuída pelo direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva) – mas limitam, profundamente, seu alcance e seu conteúdo”. No mesmo sentido, SILVA FILHO, reconhecendo “que não há entrechoque entre os princípios da autonomia da vontade e a supremacia da ordem pública. Deve haver interpenetração, nem sempre possível no momento de sua formação, mas muitas vezes durante a sua execução. E, o ponto de flexibilização deve ser buscado no Judiciário, em se de revisão. Revisão, no sentido de submeter o contrato a exame judicial, para corrigi-lo, emendá-lo e não no sentido processual de reexame de um pronunciamento jurisdicional (SILVA FILHO, A. M. da. **Ob. cit.**, p. 125-126).

efetivamente uma “nova teoria contratual”, mas sim o reconhecimento de que a teoria contratual está sujeita aos influxos de seu tempo⁴⁸² e é missão inafastável de seus estudiosos desvendar as alterações pelas quais passa.

Estabelecida a premissa que norteia o redimensionamento do papel da revisão dos contratos, resta analisar os princípios e valores fundamentais constantes na Constituição brasileira de 1988 que delimitam a possibilidade de modificação do conteúdo do pacto por parte do Poder Judiciário, pois “a Constituição define a tábua axiológica que condiciona a interpretação de cada um dos setores do direito civil”.⁴⁸³ Isso significa que “a norma constitucional assume, no direito civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais”.⁴⁸⁴

Ressaltam-se o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da qual se podem extrair os princípios da boa-fé e da função social do contrato, e o princípio do equilíbrio econômico, base da justiça contratual (retirado da igualdade substancial). Tais princípios foram escolhidos não apenas por terem sido considerados como fundamentais pelo constituinte (estão nos artigos 1º e 3º da Carta), mas porque traduzem uma ordem axiológica que privilegia os valores existenciais e, com isso, reformula a própria noção de contrato⁴⁸⁵.

⁴⁸² Sobre a existência de uma nova teoria contratual, afirma TEPEDINO que “a resposta seria negativa, entretanto, se pensarmos que a relativização dos conceitos jurídicos, conquista inegável da civilística atual, altera a compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo e permeia, portanto, a própria dogmática. No momento exato em que rompe com o caráter absoluto dos institutos jurídicos, obriga-nos a considerar sempre em mutação nossas categorias e teorias, todas historicamente condicionadas. E, sob este ponto de vista, nem mesmo precisaríamos recorrer ao adjetivo *novo* para qualificar a teoria contratual que floresce das relações de consumo, senão apenas para, nem homenagem à retórica ou – vá lá – à didática, enfatizar as transformações ocorridas nessa mesma dogmática”. (TEPEDINO, G. *As relações...*, p. 218).

⁴⁸³ TEPEDINO, G. *Idem*, p. 221.

⁴⁸⁴ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**, v. 65, p. 29.

⁴⁸⁵ Trata-se da despatrimonialização do contrato, como enfatiza Paulo NALIN: “Quando se faz referência à despatrimonialização do contrato, tem-se em vista a renovação dos propósitos do contrato contemporâneo, dentre o que se destaca atenção maior dispensada ao sujeito do que à produção e ao consumo, sem que com isso se sustente a superação do conteúdo econômico” (NALIN, P. **Do contrato...**, p. 250). Enfim, é a reformulação da visão em torno do patrimônio, que passa a ser suporte para concretização de valores existenciais.

2.2 O redimensionamento do papel da revisão contratual à luz da tábua axiológica constitucional

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana: a repersonalização do vínculo contratual e a revisão dos contratos

A Constituição brasileira de 1988 apontou como fundamento da República o princípio da dignidade humana (artigo 1º, inciso III). Elevou a pessoa e seus valores fundamentais a mandamento nuclear do ordenamento jurídico⁴⁸⁶, cujos efeitos atingem todos os institutos do Direito de forma imediata e vinculativa:

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista do Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata.⁴⁸⁷

O contrato, portanto, é redesenhado a partir do princípio fundamental da dignidade humana. O viés patrimonialista moderno, em que a relação jurídica contratual traduzia-se em simples operação econômica, é reavaliado por uma concepção existencialista. Como diz PERLINGIERI, não se trata de ignorar por completo o conteúdo patrimonial das relações jurídicas, mas sim de redimensioná-las, funcionalizando-as aos valores existenciais, predominantes no sistema:

⁴⁸⁶ Como expõe SARLET, o princípio da dignidade da pessoa humana representa a unidade axiológica dos direitos fundamentais: “a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como ‘alfa e omega’ do sistema de liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais” (SARLET, I. W. **Dignidade...**, p. 81-82).

⁴⁸⁷ FACHIN, L. E. **Estatuto...**, p. 191.

Com o termo, certamente não elegante, “despatrimonialização”, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a “redução” quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência da tutela do homem, uma aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento – pela qual não pode ser ‘radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado’. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustores ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos valores, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais⁴⁸⁸.

Representa verdadeira reviravolta epistemológica em que o contrato passa a ser visto como composição de interesses humanos, afirmação que traz em si a proibição da superlativização da obrigação nele traduzida (que leva à opressão econômica)⁴⁸⁹ e a facilitação de sua utilização como instrumento de aquisição de bens indispensáveis à vida⁴⁹⁰. Com base no princípio da dignidade humana, pode-se afirmar que o contrato dignifica o homem, em que o valor patrimonial tem por base o valor existencial, como explica Paulo NALIN:

O homem, ao menos enquanto perdurar o comando expresso do artigo 1º, inc. III, associado ao artigo 170, *caput*, todos da Carta, se posiciona no centro das atenções. A leitura do contrato, assim vista, não ignora sua função econômica, mas antes de se averiguar da realização da causa (econômica) do contrato, terá de se indagar se aquela relação em apreço levou em conta a dignidade dos contratantes. A interpretação constitucional do contrato transita do ser para o ter.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ PERLINGIERI, P. **Ob. cit.**, p. 33.

⁴⁸⁹ Maior exemplo são as limitações no processo de execução da obrigação, como ressaltou FACHIN, L. E. **Estatuto....**, p. 194 e ss.

⁴⁹⁰ “Além da vida em si e da integridade física e psíquica, a concretização da dignidade humana exige também o *respeito às condições mínimas de vida* (segunda consequência direta do princípio). Trata-se aqui das condições materiais de vida. A obtenção da casa própria e a sua proteção, por exemplo, são decorrências da dignidade humana”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: **Revista dos Tribunais**, v. 797, p. 22).

⁴⁹¹ NALIN, P. **Do contrato....**, p. 248-249.

Possibilita-se, assim, a reconstrução de conceitos fundamentais do Direito Civil à luz da dignidade da pessoa humana, conforme expõe Maria Celina Bodin de MORAES,

No quadro contemporâneo, marcado pela superação da dicotomia clássica entre público e privado, perderam relevo as concepções que consideravam o direito subjetivo, *a priori*, como um poder atribuído à vontade individual, para a realização de um seu interesse exclusivo, cabendo-lhe respeitar insignificantes limites externos, dispostos no interesse de terceiros ou da coletividade. Ao contrário, as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função de institutos jurídicos. A própria noção de ordem pública, sempre invocada como limite à livre atuação do sujeito, teve seu conteúdo redesenhado pelo projeto constitucional, com particular ênfase nas normas que tutelam a dignidade da pessoa humana e que, por isso mesmo, ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento último do ordenamento constitucional.⁴⁹²

Nesse sentido, a eficácia do princípio da dignidade humana é imediata⁴⁹³, atingindo diretamente as relações contratuais, de modo que o interesse econômico jamais pode sobrepor-se ao interesse existencial em que a satisfação de um crédito leve à mazela humana. Em conformidade com esse espírito humanista, o Superior Tribunal de Justiça traz valiosa lição:

Habeas corpus. Prisão Civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direito fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto da prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de

⁴⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), p. 135.

⁴⁹³ Com essa expressão quer-se dizer que gera efeitos diretos nas relações privadas. O tema desta pesquisa não permite analisar o classificar espécies de eficácia, mas parte-se da noção exposta por BARCELLOS, que denominou eficácia *simétrica ou positiva* a que “utiliza a fórmula de criar um direito subjetivo para aquele que seria beneficiado ou simplesmente atingido pela realização dos efeitos da norma e não o foi, de modo que ele possa exigir judicialmente que os referidos efeitos se produzam” (BARCELLOS, A. P. de. **Ob. cit.**, p. 62). Desse modo, o contratante inserido em uma relação contratual a qual dependa e ofenda a sua dignidade tem direito à revisão do contrato, pois “a dignidade da pessoa humana é hoje considerada, sob vários pontos de vista, o pressuposto filosófico de qualquer regime jurídico civilizado e das sociedades democráticas em geral. Além disso, o constituinte de 1988 fez uma clara opção pela dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro e de sua atuação, dispondo analiticamente sobre o tema ao longo do texto. Assim, do ponto de vista da lógica que rege a eficácia jurídica em geral, a modalidade que deve acompanhar as normas que cuidam da dignidade humana é a positiva ou simétrica” (BARCELLOS, A.P. de. *Idem*, p. 203).

liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I e 5º, *caput*, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida⁴⁹⁴.

Duas conseqüências da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, no entanto, interessam de perto ao redimensionamento do papel da revisão dos contratos: a superação da abstração característica das grandes codificações (própria da metodologia que orienta a concepção tradicional de contrato⁴⁹⁵) e o rompimento com a feição exclusivamente patrimonial da teoria contratual clássica⁴⁹⁶.

Tais conseqüências apontam, em essência, para a redescoberta do sujeito de direito, não mais visto com um mero elemento da relação jurídica e sim como o contratante real que sofre os efeitos da obrigação contratada; igualmente enfatiza a instrumentalidade contratual, considerando os bens objeto do contrato em consonância com os interesses existenciais dos contratantes. Esses dois pontos – valorização da situação real dos contratantes e dos objetos de acordo com os interesses existenciais dos contratantes – exigem do intérprete e aplicador *uma análise da situação concreta ao mesmo tempo em que devem impor, dependendo dos elementos em jogo, a preservação do contrato*. Daí a sua importância para a revisão dos contratos.

⁴⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 12.547 do Distrito Federal. Impetrante: Willian David Ferreira. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Acórdão de 1º jun. 2000. **Diário da Justiça da União**, dia 12 de fevereiro de 2001, p. 115.

⁴⁹⁵ Trata-se de romper com a racionalidade fechada e distanciada da realidade: “A dignidade da pessoa humana não pode ser vista como mera proclamação discursiva, lida em uma dimensão de abstração. Caso contrário, de espaços de abertura não-sistêmica – embora sistemática –, os direitos fundamentais serão transformados em elementos meramente formais, despidos de conteúdo, além de instrumentos retóricos de legitimação da reprodução dessa mesma ordem sistêmica” (FACHIN, L. E.; RUZYK, C. E. P. Direitos fundamentais..., p. 100).

⁴⁹⁶ O princípio da dignidade humana implica prevalência do **ser** sobre o **ter**: “Enfim, a pessoa humana passa a centralizar as cogitações jurídicas, na medida em que o **ser** é valorizado. O seu papel anteriormente estabelecido pelas disposições do Código Civil, determinado fundamentalmente pela propriedade, pelo **ter**, assume função meramente complementar. A excessiva preocupação com o patrimônio, que ditou a estrutura dos institutos basilares do Direito Civil, não encontra resposta na realidade contemporânea, mais voltada ao ser humano na sua total dimensão ontológica, cujos interesses de cunho pessoal se sobrepõe à mera abstração que o situava como simples pólo de relação jurídica”. (MEIRELLES, J. **Ob. cit.**, p. 111).

Como já ressaltado anteriormente, dentro da teoria contratual tradicional o sujeito era apreendido abstratamente: formalmente livre e igual aos demais sujeitos e, em razão disso, dotado do poder concedido pelo ordenamento jurídico para dispor como quiser de seus bens por intermédio de sua vontade.

A vontade, assim, legitimaria toda e qualquer obrigação porque manifestada livremente, independente das condições materiais que envolveram a relação negocial. O sujeito, então, é concebido conceitualmente, e a análise jurídica de sua manifestação volitiva restringe-se unicamente aos requisitos de validade predeterminados pelo ordenamento jurídico. Do mesmo modo a autonomia desse sujeito é um conceito completamente distanciado da realidade: cada sujeito é dotado de um espaço de atuação preenchido pelo seu livre arbítrio, liberdade esta concebida de forma *a priori*.

Essa conceituação abstrata e artificial do contrato não mais prevalece⁴⁹⁷. O Direito hoje valora o sujeito concreto, como nota Luiz Edson FACHIN:

Tratar da configuração clássica do sujeito e das transformações conceituais pelas quais o sujeito passou constitui uma tentativa de localizar, nestes dois últimos séculos, o indivíduo abstratamente considerado, elevado ao patamar da juridicidade no que se designou como sujeito. Ao final do século XX, portanto, séculos depois da vigência do estatuto moderno fundamental da apropriação de bens, da titularidade e do sujeito – o Código Civil napoleônico – esboça-se uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis o porvir do Direito Civil. Sujeito concreto e cidadania não se assentam na razão de uma compreensão exclusivamente abstrata do sujeito: passa a ter sentido o plano de seu conteúdo, bem como suas projeções concretas. Com isso, é possível afirmar que, quando a Constituição Brasileira de 1988 tutela o direito à vida – e coloca em um primeiro grau o direito de personalidade –, situando em um primeiro patamar o sujeito, não está fazendo homenagem àquele sujeito abstrato do sistema clássico. Refere-se a um novo sujeito, alguém que tenha existência concreta, com certos direitos constitucionalmente garantidos: vida, patrimônio mínimo (que compreende habitação) e sobrevivência.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷

FACHIN, L. E. **Teoria...**, p. 93: “Nos dias correntes, a relação jurídica está passando por uma transformação significativa, a partir de uma nova formulação, que deixa o cunho da abstração e da generalidade de lado e que leva sempre em conta a situação concreta do sujeito e do objeto da relação jurídica. E é por isso a palavra “coisa”, objeto de uma relação jurídica, cede lugar à definição mais ampla que, a seu turno, se liga ao interesse, inclusive dos não sujeitos nos molde tradicionais”.

⁴⁹⁸

FACHIN, L. E. *Idem*, p. 187.

Buscar a noção de sujeito concreto significa que aquele poder concedido aos particulares para regerem seu patrimônio, tradicionalmente neutro, não é divorciado da realidade. A análise da situação concreta implica a observação do papel do sujeito em determinada relação jurídica, presentes certas situações concretas em que está inserido. Essa observação concreta, real, legítima, por exemplo, a proteção dos sujeitos débeis, fragilizados em relações jurídicas contratuais desequilibradas.⁴⁹⁹

A auferição crítica da noção de sujeito de direito é decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana, o que implica uma reformulação qualitativa da noção da relação contratual. O exercício da liberdade para efetuar negócios jurídicos patrimoniais deve estar funcionalizado aos *interesses existenciais* dos sujeitos, o que requer análise tópica de cada relação jurídica e da real posição jurídica dos sujeitos envolvidos.⁵⁰⁰

Essa ordem de idéias impede fórmulas gerais e acarreta a análise detida das conseqüências contratuais a cada um dos contratantes. Não satisfaz plenamente ao princípio da dignidade da pessoa humana a simples predeterminação legal de sujeitos débeis, como a de consumidor pelo Código de Defesa do Consumidor⁵⁰¹. A

⁴⁹⁹ A ponto de se falar, no que se refere a contratos de consumo, em “encontro de direitos fundamentais”, pois “O contrato é o instrumento de circulação de riquezas das sociedades, hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro. Estes paradigmas concretizam não só a nova ordem econômica constitucional (art. 170, V, da Constituição Federal), mas também os mandamentos constitucionais de igualdade entre os desiguais (art. 5º c/c art. 170, V, da Constituição Federal) e, em especial, da dignidade deste sujeito quanto pessoa humana (art. 1º, III c/c art. 5º, XXXII, da Constituição Federal)” (MARQUES, C. L. **Ob. cit.**, p. 179).

⁵⁰⁰ PERLINGIERI, P. **Ob. cit.**, p. 34: “é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou com um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa. Desse modo, evitar-se-ia comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados; permitir-se-ia o funcionamento de um sistema econômico misto, privado e público, inclinado a produzir modernamente e a distribuir com mais justiça”.

⁵⁰¹ O recorte temático proposto – busca do papel contemporâneo da revisão dos contratos e a interpretação das causas de revisão postas pela nova codificação brasileira – não implica necessariamente a análise dos pressupostos da revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor. A idéia é trabalhar com a revisão relacionada a *todo e qualquer contrato* a partir dos princípios constitucionais; a ênfase à nova codificação é em razão de sua recente promulgação (10 de janeiro de 2003) e a conseqüente necessidade de interpretação dos dispositivos inovadores em relação ao estatuto legislativo anterior. Assim, eventuais remissões à Lei do Consumidor serão única e tão-somente para reforçar a linha de argumentação.

análise deve ser tópica, a partir de cada caso e considerando-se o real poder de negociação de cada contratante⁵⁰². Trata-se de (re)valorizar a efetiva autodeterminação de cada sujeito⁵⁰³.

O mesmo vale para o objeto da relação contratual. Muito mais que enfatizar o comportamento dos contratantes (objeto imediato da relação obrigacional: a prestação), é fundamental analisar os bens instrumentalizados pelo contrato de acordo com os interesses existenciais dos contratantes. Nesse sentido, ganha importância a tese de Teresa NEGREIROS acerca daquilo que denominou “paradigma da essencialidade”, que visa medir a “utilidade existencial do contrato”:

O paradigma da essencialidade consubstancia um modelo de pesquisa contratual, segundo o qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado. Esta classificação divide os bens em essenciais, úteis e supérfluos, levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado⁵⁰⁴.

Nesse sentido, há uma diferença de tratamento entre os contratos de acordo com objeto por ele instrumentalizado em consonância com os interesses existenciais dos contratantes. Assim,

Os contratos que versem sobre a aquisição ou utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão –; e vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens

⁵⁰² FACHIN L. E.; RUZYK, C. E. P. **Ob. cit.**, p. 100-101: “Se a abstração constitutiva do modelo de relação jurídica é o elemento unificador da racionalidade do Código Civil, o único modo de operar-se uma ‘correção hermenêutica’ da codificação – permitindo a efetividade dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, com o repúdio ao estatuto da exclusão operado pela fetichização dos modelos – é a sua interpretação não à luz dessa mesma racionalidade, mas, sim, da ordem principiológica constitucional. De outro lado, os princípios constitucionais não podem ser interpretados como um conjunto de soluções *prêt-a-poter*, mas como possibilidades de concretização normativa, por meio de uma método que parta da tópica”.

⁵⁰³ NEGREIROS, T. **Teoria...**, p. 329: “Com efeito, a constitucionalização do direito civil, instituindo a dignidade da pessoa humana como valor a ser resguardado em toda e qualquer relação jurídica, repercute no direito contratual, alterando o modo de se ver o contratante: o conceito abstrato e atomizado, próprio a uma concepção individualista, é substituído por um conceito que ganha em concretude e que põe à mostra o caráter desigual, e por isso injusto, de certas relações contratuais”.

⁵⁰⁴ NEGREIROS, T. *Idem*, p. 334-335.

supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma⁵⁰⁵.

A análise do contrato, portanto, é especificamente concreta, prendendo-se à importância do contrato para os contratantes. São bens como proteção à saúde (contratos de plano de saúde), direitos à moradia (financiamentos à casa própria), educação (financiamentos educacionais), dentre outros exemplos, fundamentais à dignidade da pessoa do contratante. E precisamente por serem fundamentais que os contratantes deles dependem, daí serem chamados pela doutrina de “contratos cativos”.⁵⁰⁶

A questão, fundamental para a presente pesquisa, é *a forma de tutela de tais contratos, que demandam um alto grau de concreção e uma importância fundamental aos interesses existenciais dos contratantes, interesses estes prioritários para o ordenamento*⁵⁰⁷. Nesse sentido, as sanções tradicionalmente colocadas pelo ordenamento jurídico em caso de desequilíbrio contratual ou abuso do direito de contratar por parte de um dos contratantes (nulidade e anulabilidade) são insuficientes, pois os contratantes dependem do contrato, o que exige a sua *preservação*⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ NEGREIROS, T. *Idem*, p. 453.

⁵⁰⁶ Como explica Cláudia Lima MARQUES, “trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação em massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores” (MARQUES, C. L. **Ob. cit.**, p. 79). ALMEIDA COSTA fala, nestas hipóteses, de um *dever de contratar*, em que uma das partes, em razão da essencialidade do bem instrumentalizado pelo contrato, tem “a obrigação de contratar”, ainda que não se configure monopólio de fato (ALMEIDA COSTA, M. J. de. **Ob. cit.**, p. 211; no mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**, p. 157). Justamente pela importância dos bens envolvidos, configurando verdadeira “obrigação de contratar”, é que o remédio acerca de possíveis abusos ou desequilíbrios deve priorizar a preservação do contrato.

⁵⁰⁷ NEGREIROS, T. **Ob. cit.**, p. 459: “Nesse sentido, cumpre observar que o direito civil atual se mostra cada vez mais sensível à ponderação concreta das especificidades dos casos reais – e é fundamental que assim seja. Do contrário, fosse o caso de o sistema jurídico rejeitar fundamentos decisórios baseados em condições específicas das partes litigantes, e o paradigma da essencialidade se tornaria *ab initio* inviável”.

⁵⁰⁸ SILVA, L. R. F. da. **Revisão...**, p. 2.

Desse modo, a revisão dos contratos tem seu espectro aumentado, *não se encaixando em nenhum dos pressupostos comumente colocados nas teorias que buscaram explicá-la* (existência de fato posterior, imprevisibilidade, perseguição exclusiva de equilíbrio contratual de acordo com a intenção das partes). O contrato é revisado de maneira a *facilitar a instrumentalidade do bem essencial à dignidade humana dos contratantes, por força da incidência direta do princípio da dignidade humana*. A autonomia privada, então, é condicionada ao interesses existenciais, *prevalentes por força da Carta Magna*.

Consolida-se, portanto, a tendência de valorização das situações subjetivas, inclusive como modeladoras da autonomia privada:

A autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares (mas é melhor a esse ponto dizer: a liberdade da pessoa). Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais, mas, sobretudo, a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quando a autonomia (o poder de colocar regras) investe profundamente o valor da pessoa. O ordenamento não pode formalisticamente igualar a manifestação de liberdade através da qual assinala, profundamente, a identidade do indivíduo com a liberdade de tentar perseguir o máximo lucro possível: à intuitiva diferença entre venda de mercadorias – seja ou não especulação profissional – e o consentimento a um transplante corresponde uma diversidade de avaliações no interno da hierarquia dos valores calcados pela Constituição. A prevalência do valor da pessoa impõe a interpretação de cada ato ou atividade dos particulares à luz desse princípio fundamental.⁵⁰⁹

PERLINGIERI não se restringe apenas às hipóteses que o valor da pessoa incide diretamente (as situações subjetivas existenciais, dentre as quais estão os denominados direitos da personalidade⁵¹⁰), mas também nas situações subjetivas patrimoniais (caso dos contratos) em que o valor da pessoa esteja presente, ressaltando a impossibilidade de aplicação única do princípio da autonomia privada:

Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada: a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que em modo diferenciado tocam esse valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora

⁵⁰⁹ PERLINGIERI, P. **Ob. cit.**, p. 275-276.

⁵¹⁰ PERLINGIERI, P. *Idem*, p. 106.

umas e outras juntas. A necessidade da máxima aderência às particulares de cada *fattispecie* modula a resposta que o sistema dos valores fundamentais do ordenamento oferece a cada uma delas.⁵¹¹

Nessa ordem de idéias, a jurisprudência exerce papel fundamental na formação do no papel da revisão dos contratos. Colhe-se, por exemplo, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, precedente significativo determinando o cumprimento da prestação contratual (e, portando, preservando o contrato) em razão da importância do bem objeto da relação contratual:

Plano de saúde. Transplante de órgão. Prestação de serviço. Cláusula contratual. Nulidade. CF/88. Lei 8.078/90. A saúde, como bem intrinsecamente relevante á vida e à dignidade humana, foi elevada pela atual CF/88 à condição de direito fundamental do homem. Assim, ela não pode ser caracterizada como simples mercadoria, nem confundida com outras atividades econômicas. O particular que presta uma atividade econômica correlacionada com serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, prestar assistência médica integral aos consumidores de seus serviços, entendimento esse que não se sustenta somente no texto constitucional ou no Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/90), mas, principalmente, na lei de mercado de que quanto maior o lucro, maior também é o risco. Em razão das peculiaridades fáticas e jurídicas do caso, deve o plano de saúde ressarcir o consumidor das despesas médico-hospitalares decorrentes de transplante de fígado.⁵¹²

Trechos desse acórdão demonstram a importância de reformular-se a concepção do contrato (não mais calcado exclusivamente nas autonomia da vontade das partes) a partir da importância do bem jurídico objeto da relação contratual:

(...) Assim, em face do texto constitucional, conclui-se que a saúde, embora dever do Estado, não é monopólio deste, mas constitui atividade aberta à iniciativa privada. Entretanto, como a saúde não se caracteriza como uma mercadoria qualquer nem pode ser confundida com outras atividades econômicas, visto ser um meio importantíssimo de se garantir o direito fundamental à vida e à dignidade humana, tem-se que o particular, que presta uma atividade econômica correlacionada com os serviços médicos e de saúde, possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, os de prestar uma assistência médica integral para os consumidores dos seus serviços. (...) Ante essa conformação constitucional dada ao direito à saúde, constata-se que o fato de a assistência à saúde ser livre à iniciativa privada não garante aos particulares a prerrogativa de se desobrigarem de dar uma cobertura integral, recusando-se, portanto, ao dever de atender às moléstias e tratamentos mais onerosos. É que a liberdade econômica não é exercida de forma absoluta, pois ela encontra limitações no texto constitucional, para que, desse modo, seja promovida a defesa dos

⁵¹¹ PERLINGIERI, P. *Idem*, p. 276-277.

⁵¹² MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação cível nº 264.003-9. Espólio de Danilo José Coscarelli *versus* Unimed-BH Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Relatora: Juíza Maria Elza, 4ª câmara cível. Acórdão de 10 de fevereiro de 1999. **Jurisprudência brasileira**: cível e comércio. Curitiba: Juruá, v. 193, p. 107-121, 2000.

consumidores dos serviços de saúde (Constituição Federal, art. 170, inc. V) e seja atingida a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (Constituição Federal, art. 170, caput).⁵¹³

Considerando a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro e fundamento da revisão contratual, a Terceira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul retirou cláusula contratual em que obstaculizava a manutenção de contrato de plano de saúde de pessoa com idade avançada:

Plano de saúde. Unimed. Cláusula contratual que contempla a majoração em razão do implemento da idade. Aplicação do princípio constitucional de defesa do idoso, do CDC e da jurisprudência. O reajustamento da contraprestação em razão da fixa etária pelo implemento da idade de 60 anos pelo dobro de seu valor base, circunstância que, de forma concreta, deixa estampada a abusividade da aludida cláusula contratual que praticamente inviabiliza a permanência do consumidor que vinha contribuindo por considerável período de tempo, como se fosse possível, com o avançar da idade e quando mais se revela necessária a utilização do serviço, valer-se de estratégia que revela inconfessada intenção discriminatória em relação ao idoso, cuja roupagem, apenas esta, se revela lícita, porque o seu fim, às escâncaras, faz tabula rasa, a um só tempo e sem qualquer cerimônia, dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e de Amparo aos Idosos (art. 1º, III e 230 da Constituição Federal), assim como ao artigo 51, inciso IV, do CDC. Tal cláusula é abusiva pela onerosidade excessiva por inviabilizar o plano sob o ponto de vista econômico ao consumidor, afastando-a da cobertura quando mais se encontra suscetível, via de regra, às doenças. Aplicável à espécie a adoção de solução de cunho protetivo ao idoso e também consumidor, notadamente porque esta encontra suporte da Constituição Federal, em especial nos artigos 230 (Princípio de Amparo aos Idosos), 5º, inciso XXXII e 170, V (os dois últimos dizendo respeito à proteção do consumidor), fazendo-se, então, incidir, o Código de Defesa do Consumidor. Assim, é indevido o uso de um critério exclusivamente financeiro, sem considerar, além do equilíbrio econômico, a proteção constitucional ao idoso e o princípio constitucional da dignidade.⁵¹⁴

No fundamento da decisão, a Corte gaúcha enfatizou a necessidade de se analisar a liberdade contratual com o princípio da dignidade da pessoa humana, fornecendo assim um novo sentido à vinculatividade contratual:

É certo que se mostra possível argumentar, em defesa da tese da ré, com o Princípio da Livre Iniciativa que tem por suporte os artigos 170 e 199 da Constituição Federal. Tal antinomia, entretanto, resta suplantada diante da hierarquização axiológica de tais Princípios, adotando-se aqueles que se revelam dominantes ou que atendam a um Princípio Superior. Quer parecer, assim, que tal colidência se pode solver com o Princípio da Dignidade (artigo 1º, inciso III, da

⁵¹³ MINAS GERAIS.... *Idem*, p. 110.

⁵¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso cível nº 71000558239. Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. – Unimed *versus* Silvio dos Santos Goulart. Relatora: Maria José Schmitt Santanna. Acórdão de 26 de outubro de 2004. Disponível na internet via: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 14 janeiro 2005.

Constituição Federal), impondo-se considerar que a adequada proteção ao idoso e ao consumidor tem estreita ligação com a própria dignidade enquanto objetivo do Estado Democrático de Direito⁵¹⁵.

O direito de moradia, reflexo direto do princípio da dignidade da pessoa humana e assegurado de maneira expressa no texto constitucional, também teve reconhecido sua eficácia mediante a revisão de um contrato de financiamento habitacional:

Apelação cível. Ação revisional. Contrato de financiamento imobiliário regido pelo sistema financeiro de habitação. SFH. 1. Instrumento particular de compra e venda e de mútuo com pacto adjeto de hipoteca e outras avencas. Legislação aplicável ao contrato regido pelo SFH. A espécie contratual encontra-se regida pela Lei 4.380/64 com as alterações dadas pela Lei 5.049/66, combinada com as disposições do DL 70/66. Ainda incide o DL 2.164/64 com as garantias da Lei 8.004/90, que se referem à possibilidade de transferência do mútuo. 2. Pretensão revisional. Intervenção corretiva como garantia da tutela da confiança e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Em face da concepção dos valores constitucionais da cidadania e da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, incisos II e III), possibilita aos tribunais sólidas bases de referência para uma normativa intervencionista, notadamente, quando violadas as regras contratuais, ou em via de serem violados ditos princípios.⁵¹⁶

Nesses exemplos citados vê-se claramente a utilização da revisão dos contratos de forma *completamente diferenciada em relação à rica construção teórica do final do século XIX e do século XX*. Houve uma emancipação jurisprudencial da revisão dos contratos, de modo a servir de *instrumento de concretização dos princípios e valores fundamentais do ordenamento jurídico na relação contratual, de modo a redesenhar o contrato conforme os ditames constitucionais*.

⁵¹⁵ RIO GRANDE DO SUL.... *Idem, ibidem*.

⁵¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70007892524. Jorge Luis Flores Castana *versus* Fin Hab Crédito Imobiliário S.A. Relatora: Fabianne Breton Baisch. Acórdão de 20 de outubro de 2004. Disponível na internet via: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 14 janeiro 2005. Em que pese a Turma ter-se utilizado da legislação aplicável aos contratos de financiamento de imóvel popular (valendo-se de uma eficácia mediata do princípio da dignidade da pessoa humana), a ressalva acerca da violação ao princípio dá a ele uma eficácia direta na relação contratual por intermédio da revisão dos contrato.

Os conceitos não podem aprisionar a realidade; ao contrário, são construídos e reconstruídos a partir dos dados sociais.⁵¹⁷ A revisão dos contratos deve ter seu papel reformulado a partir da dignidade da pessoa humana, valor fundamental do ordenamento jurídico. Isso significa a *preservação do contrato de modo a facilitar a instrumentalidade de bens essenciais à dignidade humana dos contratantes* (em outros termos, remodelar a relação contratual de modo a torná-la um veículo de concretização dos valores existenciais).

O princípio da *pacta sunt servanda* passa, então, a ter um fundamento renovado: o contrato que *respeite a dignidade dos contratantes, seja em relação à situação concreta de cada um, seja em relação aos bens essenciais aos interesses existenciais aos contratantes*, vale como lei entre as partes.

2.2.2 Solidariedade contratual, boa-fé e função social do contrato: a superação do individualismo

Decorrência direta da proteção à pessoa é o princípio da solidariedade,⁵¹⁸ traduzido em uma conjugação de esforços para consecução de fins comuns,

⁵¹⁷ FACHIN, L. E. **Teoria crítica...**, p. 232: “a ‘repersonalização’ tanto diz respeito ao modo de pensar o Direito quanto à inserção de um outro sentido do sujeito de direito, diverso do sistema clássico, que foi calcado em uma abstração, em um corte da realidade. O reconhecimento disso não implica, necessariamente, o compromisso de colocar algo em seu lugar. Há que se evitar a tentação de suprir a ruptura, como uma solução meramente conceitual. Não é possível imaginar-se que esse viés não reducionista, essa perspectiva não monolítica, que suscita a colheita de materiais que não são jurídicos, não interessaria ao Direito. Desconsiderar-se esses instrumentos é algo que corrobora para a manutenção do sistema clássico e com a manutenção do *status* do contrato, do patrimônio e da família.”

⁵¹⁸ Não cabe nos limites desta pesquisa enfrentar a delicada questão se a solidariedade é princípio ou valor. O fundamental é reconhecer a normatividade dos princípios e valores constitucionais, reformulando assim conceitos clássicos do Direito Civil. Adota-se, para fins de exposição, a solidariedade como princípio, conforme aduzem NALIN, P. **Do contrato...**, p. 174 e MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Antônio Celso Alves Pereira; Celso Renato Divivier de Albuquerque Mello (Orgs.) p. 527 e seguintes. Ressalta-se, no entanto, que concepção da solidariedade como princípio não é unânime, existindo basiladas opiniões em sentido diverso. O próprio autor paranaense traz a lição de Nicolò LIPARI, que considera a solidariedade apenas como *valor* (NALIN, P. *Idem*, p. 182). MARTINS-COSTA, na esteira de Eros Roberto Grau, a configura como *norma diretriz* (MARTINS-COSTA, J. Mercado e..., p. 621 e 627, nota 40).

rompendo com o individualismo característico do sistema oitocentista. Como assenta Erouths CORTIANO JUNIOR,

a repersonalização do direito toma sentido quando toda comunidade se envolve numa existência plural – pluridade humana, política, social – e convive solidaristicamente. A relação com o outro e com os outros é essencial para a realização pessoal do homem, que não só *vive*, mas *convive*. O respeito pela diferença e o reconhecimento dela permitem a realização do próprio homem. E, numa sociedade plural, o valor da solidariedade assume um relevo muito especial. Ela, a solidariedade, refere-se à participação de todos na gestão das formações sociais, com o objetivo de permitir o pleno desenvolvimento da pessoa.⁵¹⁹

A solidariedade redimensiona a função do contrato, passando de uma feição essencialmente econômica para uma visão social. A liberdade contratual deixa de ser a realização egoísta das partes⁵²⁰ e passa ser concebida como grande instrumento de justiça social: “A solidariedade não é somente um valor inserido na Constituição, sem papel definido no plano da regra. Ao contrário, ela reflete novo espírito ético da sociedade brasileira que, efetivamente, pretende encontrar um Brasil no século XXI livre da miséria econômica e das desigualdades sociais”.⁵²¹

Da mesma forma a solidariedade determina novo modelo de *conduta* dos contratantes, consistente na mútua cooperação em torno da execução da

⁵¹⁹ CORTIANO JUNIOR, E. **O discurso...**, p. 172-173.

⁵²⁰ MARTINS-COSTA, J. Mercado e..., p. 620-621: “a palavra ‘solidariedade’ traduz categoria social que exprime uma forma de conduta correspondente às exigências de convivência de toda e qualquer comunidade que se queira como tal, implicando a superação de uma visão meramente individualista do papel de cada um dos seus singulares membros e assim configurando elemento de coesão da estrutura social. Essa categoria social (e igualmente ética e política) é apreendida pelo Direito na Constituição, indicando, em linhas gerais, a exigência de evitar, ou ao menos reduzir, a conflitualidade social mediante a superação de uma visão estreitamente egoísta do Direito. Torna-se, pois, exigência ético-jurídica de tipo político, cujo papel é o de desenvolver uma função de endereço político acerca do funcionamento do próprio ordenamento jurídico.”

⁵²¹ NALIN, Paulo. O contrato em movimento no direito pós-moderno. In: **Revista trimestral de direito civil**, v. 10, p. 277. A visão do contrato como instrumento de justiça social consubstancia verdadeira tendência do direito contratual, como explica ANTUNES VARELA: “No segundo e terceiro quartéis do presente século, com o movimento de socialização da economia e o contínuo fortalecimento dos princípios de *justiça social*, o regime dos contratos sofreu uma progressiva e notória transformação. Acentuou-se cada vez mais, a partir da legislação vinculística do arrendamento e do aperfeiçoamento da legislação laboral, a intervenção do estado na própria área dos contratos, anteriormente considerados como feudo da livre iniciativa dos particulares. Com o ideal da justiça social multiplicou-se o número de normas imperativas destinadas, por um lado, a proteger, em diversos contratos típicos, a situação da parte considerada social ou economicamente mais débil e, por outro, a tutelar certos valores que no domínio dos negócios jurídicos ascenderam à zona dos interesses de ordem pública” (ANTUNES VARELA, J. de M. **Ob. cit.**, p. 240).

obrigação⁵²². O núcleo da relação obrigacional desloca-se, então, da vontade para a efetivação da obrigação em respeito à dignidade das partes. A obrigação, nesta ordem de idéias, é tida como um processo e, como explica Judith MARTINS-COSTA,

diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação de riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade. Justamente porque traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade – e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou de direito privado, é informado pela *função social* que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, função esta, ensina Miguel Reale, que “é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica.”⁵²³

A autonomia privada, então, é exercida sempre de forma *solidária*, sob pena de afrontar diretamente a Constituição, conjugando liberdade contratual com solidariedade⁵²⁴. Isso implica uma significativa mitigação da característica egoística das relações obrigacionais⁵²⁵ e acarretará, sobretudo, uma nova postura comportamental dos sujeitos que se obrigam juridicamente. Com isso quer-se dizer que predomina uma nova posição metodológica na abordagem das relações obrigacionais, em que os interesses entre credor e o devedor não são mais opostos

⁵²² NALIN, P. **Do contrato...**, p. 174: “A percepção do solidarismo entre partes, numa relação contratual, por certo escapa completamente à concepção individual e egoísta, proposta no atual modelo codificado, em que os interesses subjetivos são contrapostos aos sujeitos contratantes. A idéia de uma relação contratual solidária pressupõe, sobretudo, o existir da concorrência, e não da oposição, no que tange aos interesses envolvidos a propósito de um fim comum e de uma indispensável medida de cooperação entre as partes.”

⁵²³ MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé...**, p. 457.

⁵²⁴ Afinal, como aponta Miguel REALE, “Se não houve vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana” (REALE, M. **O projeto do novo código civil**, p. 7).

⁵²⁵ MORAES, M. C. B. de. **O princípio da solidariedade...**, p. 544: “Outrora uma seara onde partes antagônicas dispunham de ampla liberdade para gravar – a ferro e fogo – os compromissos que suas vontades estipulassem, o princípio solidarista passa a se impor neste campo. Daí entender-se que o contrato deixou de ser um simples instrumento de atuação da autonomia privada, para desempenhar, também ele, uma função social. No novo modelo. O enfoque não é mais voluntarista, voltando-se para a busca de um concreto equilíbrio entre as partes contratantes, através inclusive do balanceamento entre as prestações, vedada a excessiva onerosidade, e para a observância imperiosa do princípio da boa-fé objetiva, fonte de deveres e de limitação de direitos para ambas as partes”.

entre si e sim configuram-se como interesses concorrentes, implicando um dever mútuo de cooperação em torno do cumprimento da finalidade contratual⁵²⁶. Esse redimensionamento dos comportamentos retira seu fundamento no princípio da solidariedade.

Trata-se, então, de uma alteração qualitativa do princípio da liberdade contratual, pois

Não se trata, como já se advertiu em outra oportunidade, somente de impor limites à liberdade individual, atribuindo inteira relevância à solidariedade social ou vice-versa: o princípio cardinal do ordenamento é o da dignidade humana, que se busca atingir através de medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade. A resultante dependerá dos interesses envolvidos, de suas conseqüências perante terceiros, de sua valoração em conformidade com a tábua axiológica constitucional, e determinará a disponibilidade ou indisponibilidade da situação jurídica protegida.⁵²⁷

A liberdade de contratar e a vontade dos contratantes, portanto, não são eliminadas do ordenamento jurídico. Em verdade, são redimensionadas em consonância com os princípios da dignidade humana e da solidariedade. Com isso, o princípio da obrigatoriedade dos contratos ganha novo perfil, ou seja, a fidelidade ao conteúdo do pacto deve estar condicionada ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana dos envolvidos de forma solidária e não individualista. O princípio da solidariedade fundamenta outros dois princípios de alta relevância para a revisão contratual: os princípios da boa-fé e da função social do contrato.

Diretamente ligada à solidariedade está o princípio da boa-fé que, mais especificamente, densifica a solidariedade.⁵²⁸ A boa-fé representa uma verdadeira transformação no Direito das Obrigações, a começar pela própria concepção da relação obrigacional, que de sua feição romana caracterizada por um vínculo estático que contrapõe débito e crédito, passou a ser vista “como uma totalidade, realmente

⁵²⁶ NALIN, P. **Do contrato...**, p. 174.

⁵²⁷ MORAES, M. C. B. de. O princípio da solidariedade..., p. 556.

⁵²⁸ Nesse sentido, NALIN, P. **Do contrato...**, p. 182 e MARTINS-COSTA, J. Mercado e solidariedade..., p. 633, nota 82. A autora, inclusive, anota que a solidariedade estabelece uma mediação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o da boa-fé, por isso aproximando-se mais desta.

orgânica”⁵²⁹, compreendida assim “como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota nos elementos que a compõem”⁵³⁰. Enfatiza-se, assim, a *finalidade* da relação obrigacional: o *adimplemento*, que “atrai e polariza a obrigação”⁵³¹; desse modo, a obrigação é visualizada como um *processo*, um “conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”⁵³².

Nessa reformulação do conceito da relação obrigacional insere-se o princípio da boa-fé como mandamento tradutor da cooperação e aproximação entre credor e devedor em torno da finalidade da obrigação⁵³³. Há, assim, um respeito a outra parte que, na hipótese de relação contratual, leva a uma verdadeira co-participação visando à realização de prestação contratual⁵³⁴. As consequências são a de que não há um poder absoluto por parte do credor da obrigação traduzida no contrato (nesse sentido a boa-fé limita o direito creditício), assim como podem surgir no universo da relação contratual deveres que não se fundamentam na vontade das partes, nem têm previsão em uma regra legal: derivam exclusivamente do princípio da boa-fé⁵³⁵.

Com efeito, a boa-fé impõe uma série de deveres que não se originam da vontade dos contratantes e sim da necessidade de “satisfação dos interesses globais

⁵²⁹ COUTO E SILVA, C. do. **A obrigação...**, p. 8.

⁵³⁰ COUTO E SILVA, C. do. *Idem, ibidem*.

⁵³¹ COUTO E SILVA, C. do. *Idem*, p. 5.

⁵³² COUTO E SILVA, C. do. *Idem*, p. 10.

⁵³³ MARTINS-COSTA, J. **Comentários...**, p. 33: “O teor geral desta cooperação intersubjetiva no Direito das Obrigações decorre de a boa-fé constituir, em sua acepção objetiva, uma *norma de conduta* que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela consideração dos interesses da contraparte. Indica, outrossim, um *critério de interpretação* dos negócios jurídicos e uma *norma impositiva de limites* ao exercício de direitos subjetivos e poderes formativos. Em outras palavras, como emanção da confiança no domínio das obrigações, os deveres que decorrem da lealdade e da boa-fé objetiva operam defensivamente e ativamente, isto é, impedindo o exercício de pretensões e criando deveres específicos”.

⁵³⁴ NALIN, P. **Do contrato...**, p. 198: “Não mais se concebe que a relação jurídica obrigacional seja descrita num contexto de subordinação entre sujeitos, mas sim, como uma relação de cooperação entre eles, em razão de um interesse superior da coletividade e da produção”.

⁵³⁵ São os deveres denominados por MARTINS-COSTA de *deveres instrumentais*, “porque direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento, à vista das concretas finalidades para que foi criado o vínculo; a mesma característica da instrumentalidade se verifica porque auxiliam a densificar a diretriz constitucional da solidariedade social no campo do Direito das Obrigações” (MARTINS-COSTA, J. **Comentários...**, p. 37).

envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente”.⁵³⁶ Tais deveres caracterizam-se pela lealdade, informação e, acima de tudo, confiança não só no parceiro contratual, mas também na relação obrigacional em si; configuram, sobretudo, uma superação da concepção voluntarista da autonomia privada, rompendo com a idéia de que só a vontade gera deveres e obrigações.⁵³⁷

O princípio da boa-fé ainda proporciona uma nova hermenêutica contratual, distanciada do individualismo predominante na modernidade.⁵³⁸ Assim, pode-se extrair dessa ordem de idéias um novo fundamento para a obrigatoriedade do vínculo contratual, como explica Fernando NORONHA:

(...) o contrato não é dominado apenas pela liberdade contratual em que se resolve a autonomia privada. E nesta questão de fundamento da vinculatividade do contrato, se ainda hoje é correto afirmar-se que a obrigação de cumprir o contrato está associada ao dever, de raiz essencialmente ética, de respeitar a palavra dada, como se enfatiza tradicionalmente, invocando a autonomia privada, a verdade é que mais importante do que tal dever ético é a necessidade social de assegurar a observância de certos compromissos. Por isso, o valor primacial a considerar ainda é, como vimos, o da *segurança jurídica*, que é tutelado em nome da *confiança do declaratório* ou, dizendo de outro modo, da sua *boa-fé*.⁵³⁹

A boa-fé está em íntima relação com a revisão contratual. Codificações mais recentes, como a portuguesa, ligam diretamente o fenômeno da alteração das circunstâncias ao princípio⁵⁴⁰, de modo a ser ato atentatório à boa-fé exigir o cumprimento de prestação contratual onerada por uma modificação externa subjacente ao contrato. A teoria da base negocial objetiva formulada por Larenz

⁵³⁶ MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé....**, p. 440.

⁵³⁷ MARTINS-COSTA, J. *Idem*, p. 394-395.

⁵³⁸ MARTINS-COSTA, J. *Idem*, p. 428 e p. 455.

⁵³⁹ NORONHA, F. **Ob. cit.**, p. 94. Apesar da retidão da conclusão do autor, observa-se que, assim como a neutralidade é um mito, a segurança jurídica também o é. Trata-se da compreensão de um sistema jurídico aberto que se reconstrói à medida que os valores e a ideologia presente na sociedade evoluem. Nesse sentido, ver por todos FACHIN, L. E. **Teoria crítica...**, p. 5.

⁵⁴⁰ Art. 437º, 1. “Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração normal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”.

fundamenta-se, com relação à impossibilidade de alcance da finalidade do contrato, diretamente na boa-fé⁵⁴¹.

No entanto, especificamente importante para o *redimensionamento do papel* da revisão dos contratos é a força “ressistematizadora” possibilitada pelo princípio da boa-fé, e este será o ponto enfatizado⁵⁴². Incorporada pelo novo Código Civil como cláusula geral, a boa-fé dá aos Juízes bases para intervir na relação contratual e concretizar a finalidade do contrato⁵⁴³. Permite, de maneira exemplar, remodelar o contrato de acordo com os ditames constitucionais, fazendo valer a alteridade e probidade que deve presidir toda relação contratual.

Nessa ordem de idéias, muito mais importante que ressaltar as funções exercidas pela boa-fé comumente postas pela doutrina (limitação de direitos, criação de deveres e função hermenêutica-integradora) é ater-se ao caráter eminentemente tópico que acarreta⁵⁴⁴. Potencializa, desse modo, a revisão dos contratos, pois se configura como instrumento precioso de reconstrução do contrato.

A importância desempenhada pelo princípio na revisão contratual pode ser vista neste acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, de relatoria da Juíza Rosana Fachin:

⁵⁴¹ PINHEIRO, R. F. **O abuso...**, p. 224: “Em conformidade com a tese de Larenz, a destruição da base objetiva pode ocorrer em duas hipóteses: em face da ‘destruição de equivalência’ entre as partes ou da ‘impossibilidade de alcançar o fim do contrato’. Trata-se do princípio da justiça contratual, à que se liga a primeira, e do princípio da boa-fé, ao qual se liga a segunda. No entanto, a boa-fé também atua em conformidade com a justiça contratual, não deixando de revelar uma vinculação entre si”.

⁵⁴² Ao contrário da subsunção, que pressupõe identidade entre hipótese normativa e situação fática, a boa-fé, veiculada como cláusula geral e, portanto, dotada de vagueza semântica, tem seu conteúdo determinado com a junção de dados fáticos e elementos normativos. Daí a sua função de atualização dos sistemas (nesse sentido, MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé...**, p. 369-370).

⁵⁴³ Cabe mais uma vez ressaltar que a finalidade contratual aqui ventilada não diz respeito a intenção das partes, mas sim ao objetivo perseguido pelo contrato, os bens econômicos por ele instrumentalizados e valorados de acordo com a principiologia constitucional. Nesse sentido, enfatiza-se a importância social do contrato, como se poderá observar a seguir.

⁵⁴⁴ Evita-se, assim, uma boa-fé “prêt-à-porter”, manifestada na casuística tipificada de situações rigidamente pré-moldadas pela jurisprudência: “A ‘precisão jurídico-teórica’ da boa-fé, sob a égide de tipos jurídicos, rende-lhe contornos prontos e acabados, evidenciando uma ‘boa-fé prêt-à-porter’” (PINHEIRO, R. F. **Percurso...**, p. 336). Dessa forma, “a jurisprudência brasileira rende-se aos tipos idealizados por uma doutrina estranha ao nosso contexto socioeconômico, e a boa-fé é recepcionada com um conteúdo pronto e acabado, embora seja essencialmente tópica”. (PINHEIRO, R. F. *Idem*, p. 338).

Cédula de crédito rural – cautelar incidental de caução – excesso de garantia – substituição do penhor de safras por hipoteca sobre imóvel – recusa abusiva que se revela como um exercício desequilibrado de direitos – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* configurados. (...) À luz do princípio da boa-fé enquanto novo paradigma das relações de consumo confere-se novo caráter aos princípios contratuais erigidos pelo princípio da autonomia da vontade, dentre os quais encontra-se o *pacta sunt servanda*. Este princípio, que define força obrigatória às convenções livremente pactuadas, restou relativizado nas relações de consumo, não vigorando mais em sua forma absoluta⁵⁴⁵.

A problemática questão da variação cambial - que, como já referida, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ora aplicava a teoria da imprevisão, ora valia-se do equilíbrio contratual - passou também a ser vista a partir do dever de informação imposto pelo princípio da boa-fé, como se observa deste acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi:

Processual civil e civil. Revisão de contrato de arrendamento mercantil (“leasing”). Recurso Especial. Nulidade de cláusula por ofensa ao direito de informação do consumidor. Fundamento inatado. Indexação em moeda estrangeira (dólar). Crise cambial de janeiro de 1999 – Plano real. Aplicabilidade do art. 6º, inciso V, do CDC. Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior. (...) Incube à arrendadora desincumbir-se do ônus da prova da captação específica de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade de cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (art. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o art. 6º da Lei nº 8.880/94.⁵⁴⁶

545

PARANÁ. Tribunal de Alçada do Paraná. Apelação cível nº 186.102-9. Wilson Baggio, Maria Thereza Michelin Baggio e Pedro Baggio Neto *versus* Banco do Brasil S.A. Relatora: Rosana Fachin, 2ª câmara cível. Acórdão de 30 de outubro de 2002 (acórdão em mãos). Apesar da menção à Lei do Consumo, a argumentação retirada do princípio da boa-fé é perfeitamente válida para contratos sob a regência do Código Civil, seja pelo reconhecimento jurisprudencial da aplicação do princípio da boa-fé a qualquer relação contratual, seja pela adoção expressa do princípio pela nova codificação brasileira (artigo 422).

546

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 374.351/RS. Fiat Leasing S/A Arrendamento Mercantil *versus* Tereza Gallo da Cruz. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 3ª turma. Acórdão de 30 de abril de 2002. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 24 de junho de 2002, p. 17079. Observe-se que o dever de informação se impõe ante a impossibilidade do arrendatário averiguar as operações mercantis da arrendadora, e não simplesmente em razão de sua hipossuficiência como consumidor. Trata-se, justamente, do dever de solidariedade que implica cooperação em torno da prestação contratual.

Desse modo, a boa-fé, por sua característica eminentemente tópica, permite a reconstrução da relação contratual. Atua como promotora do reequilíbrio do contrato⁵⁴⁷ e reformula a noção de segurança do tráfico, já que a boa-fé “vai permitir ao juiz temperar os efeitos jurídicos das convenções”, afastando a segurança como valor em si quando a moral não mais se encontra, como “quando uma parte pretender executar um contrato que se tornou ruinoso para o seu parceiro”,⁵⁴⁸. Possibilita, assim, a ponderação entre a autonomia privada e a comutatividade contratual, como salienta MENEZES CORDEIRO:

Há, pois, que operar com um modelo de decisão que comporte, entre as suas variáveis, quer a autonomia privada e seus valores, com os fatores de concretização sediados no contrato celebrado, que a boa-fé-igualdade, precisada em consonância com as alterações registradas no caso real. Não é possível hierarquizar em abstracto os argumentos a ponderar – quando não, faltaria, até às suas consequências efectivas, a quebra intra-sistemática – determinando, numa fórmula genérica, quando cede a autonomia privada e quais as dimensões da adaptação, quando esta tenha lugar. Mas sabe-se que, em concreto, a solução a propugnar deve manter como referências os factores em litígio, visando restabelecer, se possível, o figurino pensado pelas partes em obediência às exigências de equilíbrio e de prossecução do escopo inicial, carreadas, em nome da igualdade, pelo boa fé⁵⁴⁹.

A boa-fé, assim, atua como fundamento de base da revisão dos contratos *independentemente da causa justificadora da intervenção jurisdicional no contrato*. Além de justificar a revisão por alteração das circunstâncias, possibilita a modificação do contrato que traduza obrigações desproporcionais desde o momento de sua constituição (como na lesão, nas cláusulas abusivas e em outras hipóteses em que se configure violação dos deveres instrumentais, como o de informação, por exemplo).

Outro princípio derivado da solidariedade é o da função social do contrato (cuja base também reside no inciso IV do artigo 1º da Carta, ao estabelecer como

⁵⁴⁷ MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G. L. C. **Ob. cit.**, p. 210-211.

⁵⁴⁸ JALUZOT, B. **Ob. cit.**, p. 249 (tradução livre de: “*La bonne foi va permettre au juge de tempérer les effets juridiques des conventions*” e “*torsque une partie prétend exécuter un contrat devenu ruineux pour son partenaire*”).

⁵⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 1114.

fundamento da república os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e que passou a ter expressa previsão na nova codificação brasileira: artigo 421).

Função social de determinado instituto jurídico é a relação que perfaz com a sociedade, o papel que cumpre no meio social;⁵⁵⁰ diz respeito a sua eficácia social e denota uma preocupação com o interesse da coletividade em relação ao interesse individual⁵⁵¹. A função social está presente em qualquer categoria do Direito, já que, como lembra RODOTÀ, o fenômeno social é inerente ao mundo jurídico:

Quando se fala de uma função social do direito privado, afirma-se, na realidade, que a ciência jurídica é ciência social, nas várias inflexões que tal expressão pode assumir; reencontra-se no direito um fenômeno social. Falar, então, de uma função social dos direitos privados bem pode ser uma tautologia: e é esta uma não infrequente objeção oposta ao conceito de função social da propriedade, observando-se que, se a socialidade é atributo de todo o direito, nada se acrescenta de peculiar a uma singular situação destacando nela a destinação a um fim social. Objeção que não pode dizer-se infundada, mas que não certamente insuperável, quando se prefere falar de uma natureza ou de uma tarefa social dos direitos privados, deixando ao termo função um uso tecnicamente determinado.⁵⁵²

Essa determinação técnica do termo função reside na sua “contraposição à estrutura” (“contrapposto a struttura”), servindo, então, “para definir o concreto modo de operar um instituto ou um direito das quais sejam conhecidas e identificadas as características morfológicas: enquanto, ao invés, de uma função

⁵⁵⁰ Como aduz FERRAZ JUNIOR, trabalhando com a função social da dogmática jurídica: “O problema, portanto, não é apenas o de determinar as condições de cognoscibilidade da elaboração dogmática, mas sim o de determinar as relações entre seus processos cognoscitivos e a própria realidade social à qual ela se dirige”. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**, p. 9).

⁵⁵¹ AMARAL, F. **Direito civil...**, p. 356-357.

⁵⁵² RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata, p. 219 (tradução livre de: “Quando si parla di una funzione sociale del diritto privato, si afferma, in realtà, che la scienza giuridica è scienza sociale, nelle varie inflessioni che tale espressione può assumere; si ritrova nel diritto un fenomeno sociale. Parlare, allora, di una funzione sociale dei singoli diritti ben può essere tautologia: ed è questa una non infrequente obiezione opposta al concetto di funzione sociale della proprietà, osservandosi che, se la socialità è attributo di tutto il diritto, nulla si aggiunge di peculiare ad una singola situazione rilevandone la destinazione ad un fine sociale. Obiezione che non può dirsi infondata, ma che non è certo insuperabile, quando si preferisca parlare di una natura o di un compito sociale dei diritti privati, lasciando il termine funzione ad un uso tecnicamente determinato”).

social da propriedade se fala não tanto para abrir a via a uma indagação de sociologia jurídica, quanto para indicar justamente uma daquelas características”⁵⁵³.

Diversas vezes já se observou neste trabalho que o contrato é produto histórico, concebido para atender determinados interesses predominantes em dado período. Cumpre, com isso, determinada função, atendendo às demandas da época. O contrato, como tradicionalmente concebido, desempenhava determinada função social, essencialmente econômica, de transmissão de circulação de propriedade; todavia, tal função não é mais condizente com os tempos atuais, e esse ponto representa uma das facetas da denominada crise do contrato.⁵⁵⁴

Assim, não é a partir do advento do novo Código Civil que se reconhece a função social do contrato. Ela sempre esteve presente e tem apresentado alterações no curso da história. As mudanças sociais promoveram uma nova visão do contrato e paulatinamente a função social por este exercida alterou-se qualitativamente. Essa transformação pode ser sentida em diplomas legais muito anteriores ao Código Civil de 2002, inclusive à própria Constituição da República de 1988. Fruto do advento do Estado social, legislações como a do crédito rural, por exemplo, rompem com o individualismo da era clássica e preocupam-se com a especial finalidade de fomento da imprescindível atividade agrícola (conforme exposto no artigo 1º da Lei nº 8.429/65, o mútuo rural tem como fim principal o “desenvolvimento da produção rural do país”). Por isso, como assevera Lutero de Paiva PEREIRA, ao analisar a

⁵⁵³ RODOTÀ, S. *Idem*, p. 222 (tradução livre de: “*a definire il concreto modo di operare di un istituto o di un diritto di cui siano note e individuate le caratteristiche morfologiche: mentre, invece, di una funzione sociale della proprietà si parla non tanto per aprire la via ad una indagine di sociologia giuridica, quanto per indicare proprio una di quelle caratteristiche*”). Considera-se, assim, a função social “nos confrontos dialéticos com a a estrutura”, o que leva a uma racionalidade concreta obstaculizadora de uma visão *a priori* de função social (NALIN, P. **Do contrato...**, p. 227).

⁵⁵⁴ Assim, a função social do contrato não é fato recente, muito menos foi criada no Brasil pela atual codificação. Em verdade, “o contrato sempre desempenhou uma função social, mesmo em meio a um individualismo liberal. Na concepção de um Estado liberal a função social do contrato está fundamentada em dois cânones: a liberdade contratual e a igualdade formal das partes, pois, com eles, garantem-se não apenas os interesses dos contratantes, mas os da própria sociedade. O interesse coletivo seria tutelado às custas de uma atuação negativa por parte do Estado, deixando que os interesses individuais se adequassem ao livre jogo do mercado”. (PINHEIRO, R. F. **O abuso...**, p. 173).

escritura de confissão de dívida oriunda de crédito rural, devem o intérprete e o aplicador ater-se à função exercida por este especial instrumento de fomento:

ao se invocar os preceitos especiais que regem o mútuo rural, diga-se, por excelência um financiamento de cunho social, ver-se-á que a escritura não pode mais manter-se incólume e soberana. Antes mesmo de se valorizar o ato de confissão, deve-se atentar e emprestar respeito aos preceitos legais que regem o mútuo que se faz presente no documento.⁵⁵⁵

A mesma preocupação coletiva presidiu a lei de usura, datada de 1933, que limita a taxa de juros, facilitando a tomada de capital, ou do sistema financeiro da habitação, que visa instrumentalizar a aquisição da casa própria, bem indispensável à existência digna do homem (diretriz legal muitas vezes descurada pelos nossos tribunais⁵⁵⁶). Mais posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor, disciplinando uma gama enorme de contratos – os contratos de consumo – consolidou a nova função social do contrato, bem diferenciada da existente na teoria contratual clássica, valorizando a boa-fé, os direitos fundamentais do consumidor, preocupando-se, enfim, com a relação contratual concreta.

O advento dessas legislações retirou o Código Civil do centro do sistema privado. Esse fenômeno faz com que os princípios fundamentais do ordenamento – expostos na Constituição da República – desempenhem o papel de reunificação do sistema⁵⁵⁷. Ao se analisar a denominada cláusula geral do artigo 421 da nova codificação há que se levar em conta toda essa carga principiológica e as transformações sociais pelas quais o contrato passou⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ PEREIRA, Lutero de Paiva. **Crédito rural**, p. 55

⁵⁵⁶ Está no art. 8º da Lei 4.380/64: "O sistema financeiro da habitação, destinado a facilitar e promover a construção e aquisição da casa própria (...)". O sistema financeiro da habitação foi substituído a partir de 1995 pelo sistema financeiro imobiliário (SFI), que "fragiliza" sensivelmente o mutuário frente às instituições financeiras (LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**, p. 72-73), em evidente desconsideração aos valores constitucionais.

⁵⁵⁷ TEPEDINO, G. Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil. In: **Temas de direito civil**, p. 13.

⁵⁵⁸ A relação com os valores e princípios constitucionais configura, na terminologia de Paulo NALIN, o perfil intrínseco da função social do contrato (NALIN, P. **Do contrato...**, p. 226). No mesmo sentido, relacionando a função social do contrato com a proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, TARTUCE, F. **A função social...**, p. 200.

Com o compromisso social exposto no texto constitucional, a função do contrato deixou de ser essencialmente individualista e econômica para ter um cunho coletivo e existencial⁵⁵⁹. Desse modo, a função social do contrato, da mesma maneira que a da propriedade, “se transforma em um instrumento de realização do projeto constitucional”.⁵⁶⁰

A função social do contrato, portanto, é muito mais do que simples limitação à liberdade contratual; consiste em uma verdadeira reformulação qualitativa da relação contratual⁵⁶¹ e fundamenta, com seus viés solidarístico, uma nova dimensão da revisão dos contratos⁵⁶², como se observa do acórdão proferido pela 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

⁵⁵⁹ Nesse sentido é a previsão do artigo 421 do Código Civil brasileiro em vigor, o que implica uma nova interpretação do contrato: “Em primeiro lugar, deve ser registrado que o Projeto abandonou a posição individualista para afirmar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social do contrato*. Houve completa alteração do eixo interpretativo do contrato. Em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde se extrai a sua força – pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia” (AGUIAR, R. R. de. Projeto..., p. 19).

⁵⁶⁰ NEGREIROS, T. **Teoria...**, p. 208.

⁵⁶¹ É nesse sentido que a função social do contrato está prevista na nova codificação brasileira: “A colocação da ‘cláusula geral’ da função social disciplina não só o contrato em si, mas a liberdade de contratar, tendo uma conotação mais ampla, pois além da mera limitação a tal liberdade, a função social tem uma ‘valor operativo’, constitutivo do próprio contrato, cujas consequências são a interpretação dos contratos e, por igual, a integração e a concretização nas normas contratuais particularmente consideradas, numa atividade de integração do direito que atribui ao Juiz um papel ativo de formação do direito” (MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G. C. L. **Ob. cit.**, p. 65-66). Como aduz TARTUCE, “o novo Código Civil procura superar a caráter individualista que imperava na codificação anterior, valorizando a palavra ‘nós’, em detrimento da palavra ‘eu’. Surge o princípio da socialidade, precursor da função social do contrato” (TARTUCE, F. **A função social...**, p. 46); no mesmo sentido, GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no código civil de 2002**, p. 5.

⁵⁶² ALVES, Jones Figueiredo. **Novo código civil comentado**, p. 372: “A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Defronta-se com o vestuto princípio *pacta sunt servanda*, exaltado, expressamente, pelos Códigos Civil francês (art. 1.134) e italiano (art. 1.372) para, atenuando a autonomia da vontade, promover a realização de uma justiça comutativa. A moldura limitante do contrato tem o escopo de acautelar as desigualdades substanciais entre os contratantes, como adverte José Lourenço, valendo como exemplo os contratos de adesão. Negócio jurídico haverá de ser fixado em seu conteúdo, segundo a vontade das partes. Esta, todavia, apresenta-se auto-regrada em razão e nos limites da função social, princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valoração da dignidade humana (art. 1º da CF), deve prescrever a ordem econômica e jurídica”. Neste sentido, TARTUCE expõe que o principal enfoque da função social dos contratos “é justamente as relações jurídicas, sem preponderância de uma parte sobre a outra, resguardados os interesses do grupo social também nas relações de direito privado” (TARTUCE, F. **A função social...**, p. 203).

Sistema financeiro da habitação. Ação de revisão contratual. Indexador. Tabela price. Função social do contrato. Primeiro apelo: 1. Possibilidade de revisão e adequação do contrato, estabelecendo o equilíbrio nas relações negociais, dentro daqueles parâmetros que confere o Estado de Direito e a função precípua do Poder Judiciário. 2. Correção Março/90. A correção monetária referente a março/90 deve consagrar o percentual menos lesivo ao mutuário, correspondente ao BTN. Segundo apelo: 1. Agravo retido. Prova pericial. Desnecessária a realização nesta fase. 2. Afasta-se a incidência iníqua da Tabela price, adotando-se o método de cálculo de juros simples, com o intuito de evitar o anatocismo e a progressão geométrica e exponencial dos juros. 3. Forma de amortização do saldo devedor. A modalidade de amortização posterior à correção não se constitui em abusividade. Agravo retido improvido. Primeira apelação improvida e segunda parcialmente provida⁵⁶³.

Além disso, a função social do contrato ressalta a importância do contrato, de modo a privilegiar a preservação da relação contratual, como se observa desse julgamento do Tribunal de Justiça de Pernambuco:

A moderna doutrina, consagrando a função social do contrato, colima no sentido da preservação do contrato e não no de sua resolução, caso em que a vedação legal perde a sua eficácia, máxime quando ela opera em prejuízo do financiado consumidor.⁵⁶⁴

A partir do viés humanista, solidário e ético determinado pela Carta Magna, pode-se construir a função social reservada ao contrato contemporaneamente⁵⁶⁵. O ordenamento jurídico determina aos particulares, ao disporem contratualmente de seus bens, não apenas o respeito a um livre acordo de vontades (calcado exclusivamente em uma noção individual patrimonial e abstrata de liberdade

⁵⁶³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70008679045. Michel Herbele *versus* Banco Itaú S.A. Relator: Luís Augusto Coelho Braga. Acórdão de 23 de junho de 2004. Disponível na internet via: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 14 janeiro 2005.

⁵⁶⁴ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo de instrumento nº 84590-9. Regivalda Cardozo Galvão *versus* Banco Bradesco S.A. Relator: Juiz Jones Figueirêdo, 4ª câmara cível. Acórdão de 12 de dezembro de 2002. Disponível na internet via www.tjpe.gov.br. Acesso em 07 fev. 2005 (trecho retirado do corpo do acórdão).

⁵⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**, p. 39: “A idéia voluntarística envolvia uma função *passiva* para o direito. Proteger a liberdade individual significa utilizar o direito como instrumento de permanência da realidade ‘natural’. Ou seja, através do direito objetivava-se reprimir qualquer artificial intervenção (quer originária do Estado quer de outro indivíduo) orientada a comprimir ou desviar o processo histórico e natural. E isso pelo próprio fato de a vontade humana significar escolha livre sobre o futuro. Com a alteração dessa ideologia, o direito passa a deter uma função *ativa*. Trata-se de um instrumento fundamental de intervenção sobre a realidade a fim de realizar os fins do estado. Não mais se destina a assegurar a manutenção da realidade, mas de interferir sobre ela. O que se busca é adequar a conduta humana à necessidade coletiva e obter uma melhoria das condições de convivência”.

contratual), mas a razão de ser deste acordo, visando ao aspecto coletivo. Com isso há uma alteração do papel da revisão contratual, que passa a ser instrumento de concretização de tais princípios na relação contratual.

2.2.3 Resgate da justiça contratual: reequilíbrio das prestações

Viu-se que uma das características da transição entre o Direito medieval e o Direito moderno foi a gradativa consolidação da justiça como legalidade, entendida como normatividade geral e abstrata produzida pela vontade da maioria. O justo passa a ser o contido da lei, de tal modo que basta cumprir a lei que a justiça estará realizada. Essa concepção formal de justiça implica verdadeira *simplificação* do Direito⁵⁶⁶, que descarta toda a complexidade dos fatos à letra da legislação⁵⁶⁷.

A legalidade é a exteriorização da irrestrita segurança jurídica e da neutralidade do Direito: o senso de justiça passa a ter conotação subjetiva, o que desemboca em inaceitável arbitrariedade. Como observa José de Oliveira ASCENSÃO,

A Justiça é uma figura incômoda: há que se considerar então vã, ou mero tema de opinião. Doutro modo perturbaria o equilíbrio meramente mecânico de interesses em que passou a assentar a ordem jurídica. O jurista positivo estaria fora e acima de semelhantes valorações, que nunca poderiam ser provadas. Desde então a Justiça aparece como uma espécie de intrusa, que vagueia sem lugar definido pela ordem jurídica. Pode ser radicalmente negada; predominantemente, porém, é apenas evitada. Quer por ser relegada para um limbo em que já nada tem que ver com o Direito vivo, ou através de formalizações em que a substância valorativa na realidade se perde⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ Como atesta Michel VILLEY, há uma banalização do termo justiça: “nada mais banal do que atribuir como fim ao ofício do direito a *justiça*. Essa definição é tradicional. Nossa própria linguagem atesta-a. Associamos as palavras justiça e direito. Dizemos que o juiz ‘pratica a justiça’ e que o exercício do direito cabe à ‘secretaria da justiça’, ao ‘Ministério da Justiça’” (VILLEY, M. **Ob. cit.**, p. 51).

⁵⁶⁷ Vide parte I, capítulo 2, item 2.3.

⁵⁶⁸ ASCENSÃO, J. de O. **O direito...**, p. 509-510.

Um dos grandes sintomas da crise do projeto moderno foi justamente o abandono da noção de justiça resultado da confiança em demasia na auto-suficiência do pensamento formal. Os graves eventos do início do século XX fizeram como que se retornassem as preocupações em torno da “espiritualidade” perdida⁵⁶⁹. Nesse sentido, Paolo GROSSI fala em “descobrimento do direito como ordenamento”, justamente com o intuito de abandonar a abstração característica da modernidade e recuperar a complexidade e contradições dos fatos:

Ordenamento alude ao ato de ordenar, de por ordem; e ordem é noção valiosa ao menos em uma aspecto: se relaciona com a realidade inferior, a pressupõe em sua onticidade se quiser conseguir o fim de ordena-la e não de cortá-la; em consequência, registra e respeita toda complexidade. Assumir o direito como ordenamento tem, assim, o sentido de iniciar o intento de recuperar a complexidade, a complexa riqueza do universo jurídico⁵⁷⁰.

Desse modo, concluiu o autor,

O direito – e menos ainda o direito moderno – não pode abdicar de sua dimensão formal, abastecendo de categorias a incandescente fluidez dos fatos sociais e econômicos, mas com a consciência sempre viva de que essas categorias dão forma e figura a um saber encarnado, a uma história viva. Em suma, sempre se deve tratar de categorias ordenadoras, que pesquem dentro da realidade – que não flutuem sobre a realidade – como é próprio de todo fenômeno autêntico e não artificialmente ordenador. Ser e dever ser necessariamente se mesclam condenando as teorias puras entre os admiráveis exercícios retóricos de engenhosos juristas⁵⁷¹.

Essa recuperação da complexidade do Direito aponta para uma superação da visão formal de justiça, tida exclusivamente como exteriorização do texto legal. Nessa ordem de idéias passou a ser missão dos juristas contemporâneos a busca por um senso de justiça material aplicada às categorias dogmáticas, o que implica um retorno à filosofia antiga⁵⁷².

⁵⁶⁹ PEREIRA, C. M. da S. **Lesão...**, p. 103.

⁵⁷⁰ GROSSI, P. **Ob. cit.**, p. 50.

⁵⁷¹ GROSSI, P. **Ob. cit.**, p. 63.

⁵⁷² Michel VILLEY alerta para não se recair em um conceito idealista de justiça, em que todos são absolutamente iguais (um mundo onde inexistem ricos e pobres) e absolutamente livres (cessando as interdições – VILLEY, M. **Ob. cit.**, p. 52). Dessa forma, ter-se-ia uma “palavra vazia”, sem sentido. O caminho para evitar tal “idealismo” é o retorno às fontes, em especial à filosofia grega. (VILLEY, M. *Idem*, p. 53).

Sem pretender enfrentar o enorme desafio de buscar um critério de Justiça, pode-se identificar como ponto comum a vários teóricos, no que se refere à teoria contratual, a noção de *igualdade* e paridade, a partir da concepção aristotélica de justiça. Nesse diapasão caminharam, por exemplo, as obras de Fernando NORONHA e Paulo NALIN⁵⁷³. E o sentido de justiça para Aristóteles é do “meio-termo das coisas”, ou seja, o Direito “é uma *proporção* (a que se mostrará boa) entre coisas divididas entre pessoas; uma ‘proporcional’ (termo neutro), um ‘*analogon*’. Pode-se dizer também que o direito consiste numa igualdade, num igual (*ison*). (...) Uma boa proporção na divisão dos bens entre os membros de um grupo, tal é pois a essência do direito, mesmo que esta possa atualmente causar espanto”⁵⁷⁴.

A noção de justiça, então, é um retorno à equidade, entendida como repartição igualitária de riscos, prejuízos e ganhos. Traduzindo em termos contratuais, consiste na distribuição equânime das obrigações e dos direitos inseridos no contrato: em outras palavras, equilíbrio, ou concretização do sinalagma contratual⁵⁷⁵. Como explica Paulo NALIN,

Nesse contexto de comutatividade contratual é que se constrói o princípio da equidade, enquanto fundamento da justiça que deve imperar no contrato, seja ele de longa duração ou não, uma vez que as parcelas reciprocamente devidas nunca poderão estar desajustadas ou sofrer perdas ou ganhos, ao longo da execução da avença. O princípio da equidade alcança, assim, um novo perfil, não somente no instrumento de supressão das lacunas da lei, ferramenta de interpretação da regra jurídica, julgando *ex aequo et bono*, mas visando ao equilíbrio econômico das obrigações pecuniárias⁵⁷⁶.

A justiça contratual cristaliza, nesse viés, o mandamento constitucional da igualdade substancial (artigo 3º, inciso III). A concepção tradicional de contrato tinha como pressuposto a igualdade formal dos contratantes. A liberdade contratual

⁵⁷³ NORONHA, F. **Ob. cit.**, p. 213 e NALIN, P. **Do contrato...**, p. 143.

⁵⁷⁴ VILLEY, M. *Idem*, p. 71-72.

⁵⁷⁵ JALUZOT, B. **Ob. cit.**, p. 249.

⁵⁷⁶ NALIN, P. **Do contrato...**, p. 142-143.

baseava-se na livre manifestação de vontade de partes supostamente iguais⁵⁷⁷. Assim, excluía-se a realidade circundante ao contrato e a sua legitimação derivava única e exclusivamente do querer. Tal abstração aprofundou as desigualdades sociais, tornando-se inquestionável a afirmação de que “entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.⁵⁷⁸ Esta ilusória liberdade contratual vai gradativamente sendo limitada, a ponto de ser remodelada como suporte de justiça social.

Esse redimensionamento dá-se, principalmente, com a nova feição das Constituições, que passam de simples garantidoras de dada ordem econômica para promovedoras de nova ordem, tanto econômica como social: “A Constituição garantidora das liberdades formais incorpora a promoção da justiça social e de regulação da atividade econômica. Além das funções de organização do Estado, delimitando o poder político, e da garantia das liberdades individuais decorrentes, a Constituição do Estado social incorpora outra função, que a identificará: a de reguladora da ordem econômica e social”.⁵⁷⁹

Essa função promovedora do Estado atinge diretamente o contrato, que deixa de ser simples veículo de composição patrimonial e passa a ser instrumento de justiça social⁵⁸⁰. A partir da noção de justiça social, que corresponde a dar a cada um condições de igualdade material, chega-se à idéia de justiça contratual:

⁵⁷⁷ GLITZ, Frederico Eduardo Zinedine. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico. In: **Diálogos sobre direito civil**. Carmem Lúcia Silveira Ramos; Gustavo Tepedino; Heloísa Helena Barboza; José Antonio Peres Gediél; Luiz Edson Fachin; Maria Cecília Bodin de Moraes (Orgs.), p. 210: “O modelo liberal do contrato foi ‘estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes’. Dando clara ênfase à figura da vontade, e de sua conseqüente vinculatividade. Tratava-se, então, da força criadora da relação jurídica. Repousava na vontade, livre e isenta de vícios e defeitos, a capacidade de gerar o vínculo obrigacional. Somente mediante essa perfeita declaração de vontade é que os sujeitos se obrigariam. Desse modo, abstrair-se-ia a situação específica de cada um dos contratantes, eliminando-se, pois, a análise subjetiva da realidade, já que o que importaria seria a vontade manifestada pelas partes formalmente iguais”.

⁵⁷⁸ LÔBO, P. L. N. Transformações..., p. 107.

⁵⁷⁹ LÔBO, P. L. N. *Idem*, p. 108.

⁵⁸⁰ NALIN, P. **Do contrato**..., p. 177.

No meio dos valores em causa, e ocupando posição destacada, está a *justiça social*, que a própria Constituição Federal, ao definir a ordem econômica (art. 172), coloca ao lado de outros valores fundamentais, como o “trabalho” (que pode ser considerado um direito da personalidade) e da ‘livre iniciativa’ (que é a designação econômica da liberdade contratual dos juristas). É essa mesma justiça que, quando aplicada às relações contratuais, assume o aspecto de *justiça contratual* (...).⁵⁸¹

Justiça contratual significa, assim, distribuição equitativa entre os contratantes de deveres e de direitos, ou nas palavras de Cláudia Lima MARQUES, “equivalência das prestações ou sacrifícios, na proteção da confiança e da boa-fé de ambas as partes.”⁵⁸² Para tal equidade ser atingida, considera-se a realidade contratual, analisando-se o perfil concreto de cada contratante, as forças econômicas em jogo, desprezando-se a fórmula abstrata de liberdade contratual moderna⁵⁸³. Em suma, somente mediante o equilíbrio das forças contratantes alcança-se a verdadeira equivalência de direitos e deveres.

Enzo ROPPO explica que a adoção da ampla liberdade contratual como regra geral acaba por reduzir a liberdade contratual de uma das partes contratantes, de modo que “a origem das restrições à liberdade contratual radica, ao fim e ao cabo, no próprio princípio da liberdade contratual”⁵⁸⁴. Tal “prevaricação” da liberdade da contraparte ocorre “sempre que as partes da relação se encontram, relativamente ao objecto daquela, em posições de força econômico-social desigual (e por isso de desigual poder contratual), que permitem ao contratante forte impor sua vontade unilateral ao contratante débil, o qual é constrangido a acatá-la”⁵⁸⁵. A consequência desse fenômeno é a necessária intervenção estatal:

Em casos do género, o remédio, consiste, então, em regra, numa *intervenção autoritária externa do poder público* – geralmente do legislador – que reage às restrições ou à expropriação *de facto* da

⁵⁸¹ NORONHA, F. **Ob. cit.**, p. 74.

⁵⁸² MARQUES, C. L. **Ob. cit.**, p. 178.

⁵⁸³ “O direito não persegue uma igualdade absoluta das prestações, tanto assim que admite os contratos gratuitos. Todavia, no âmbito da atividade econômica que se utiliza de predisposição de condições gerais, a paridade das posições contratuais, o equilíbrio razoável que seja compatível com os princípios da boa-fé e da equidade são limites entre o válido e o abusivo” (LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, p. 155).

⁵⁸⁴ ROPPO, E. **Ob. cit.**, p. 318.

⁵⁸⁵ ROPPO, E. *Idem*, p. 319.

liberdade contratual das “partes débeis”, restringindo, por sua vez, mas com prescrições normativas *formais*, a liberdade contratual das “partes fortes” do contrato, pois já sabemos que é o exercício da liberdade contratual dos contratantes em posição de superioridade económica e social a causar directamente a supressão da liberdade contratual dos contratantes em posição económica e socialmente deteriorada.⁵⁸⁶

Dentro dessa concepção de justiça contratual baseada na equidade (equivalência de prestações), o conteúdo do princípio da obrigatoriedade passa a ser repensado. A força vinculante da relação obrigacional deve estar adstrita à equivalência das prestações, ou seja, a obrigatoriedade contratual somente se legitima se for *justa*⁵⁸⁷. A revisão contratual, como instrumento de reconstrução do vínculo contratual, ganha importância, como aduz Luiz Edson FACHIN:

O Código Civil português, ao final da década de 1960, faz aparecerem como vícios a lesão enorme, o estado de perigo e o estado de necessidade. Nessas circunstâncias, o sistema já revela a preocupação de reconhecer que há uma desproporção concreta entre o sujeito conceitual e o que à luz do contexto concreto o envolve. O renascimento da cláusula *rebus sic stantibus* é o exemplo mais saliente desta ideia de igualdade real que, sob a designação de tratamento equitativo, acaba sendo suscitada nos contratos de execução diferida ou de trato sucessivo. A paridade contratual vai informar não apenas a constituição do vínculo contratual, mas a hermenêutica de sua aplicação, pelo fato de que o momento da eficácia é aquele em que a desproporção fica mais saliente. Pelo mecanismo da eficácia, pode-se retroceder para o universo da própria validade do negócio jurídico. Desproporções geradas pelos efeitos do contrato demonstram que a paridade surge como um valor a ser seguido, o que permite uma ingerência na equação econômico-financeira daquela relação jurídica obrigacional⁵⁸⁸.

A vinculação entre equilíbrio e revisão dos contratos é absolutamente estreita, pois “a equidade contratual inspira um novo modelo de justiça, rompendo com o perfil dogmático (absoluto) do princípio da obrigatoriedade dos contratos

⁵⁸⁶ ROPPO, E. *Idem*, p. 326. Tal intervenção estatal também se dá pelo juiz mediante a revisão contratual.

⁵⁸⁷ Do mesmo modo que o contrato somente cumprirá sua função social se for justo: “Como toda ordem estatal, o direito objetivo há de estar destinado a realizar o bem comum, isto é, a alcançar o que é justo e útil socialmente. Devo concluir que somente se enquadra na sua função social o contrato que, sendo útil, é também justo. A realização da função social do contrato, portanto, agora prevista expressamente no Projeto, exige que para a sua compreensão e interpretação atenda-se ao valor ‘Justiça’” (AGUIAR JUNIOR, R. R. de. Projeto..., p. 19-20).

⁵⁸⁸ FACHIN, L. E. *Teoria crítica...*, p. 295-296.

(*pacta sunt servanda*)”⁵⁸⁹. Pode-se afirmar que a revisão ressurgiu no cenário jurídico como instrumento de busca da justiça contratual, de reequilíbrio do contrato a partir, especialmente, das alterações da circunstâncias à relação contratual⁵⁹⁰. Nesse sentido, a justiça contratual é o norte a ser seguido em termos de intervenção no âmbito contratual, como se observa de acórdão proferido pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, relatado pelo Desembargador Fleury FERNANDES:

Distribuição e revenda de combustíveis. Ação de rescisão de contrato. Medida Cautelar incidental. Acolhimento de pedido incidental de multa diária à distribuidora pelo atraso ou interrupção no fornecimento de combustível. Apelação cível. Acolhimento parcial. Intervenção jurisdicional necessária. Presença dos requisitos *fumus boni iuris* et *periculum in mora*. Cominação. Valor excessivo. Sentença parcialmente reformada. Apelo provido, em parte. 1. À luz do princípio da boa-fé objetiva, se por um lado o revendedor deve ser diligente o bastante para cumprir prazos de pagamento e zelar pela e eficaz liquidação de seus débitos junto à distribuidora, por outro lado, esta tem o dever de cumprir prazos e volumes de entrega de combustível, assegurando àquele tratamento isonômico em relação aos demais revendedores da região. 2. A intervenção jurisdicional é necessária quando o equilíbrio das relações contratuais está em jogo. 3. Demonstrada a interrupção injustificada de fornecimento de combustível pela distribuidora, não obstante os pedidos encaminhados pelo revendedor, firma-se a plausibilidade do pedido cautelar pela aparência do bom direito e perigo da demora. 4. A cominação imposta deve ser arbitrada em valor equitativo e suficiente para assegurar o cumprimento da obrigação, sem possibilitar enriquecimento ilícito. (...) A intervenção jurisdicional é muitas vezes necessária ao resgate do equilíbrio das relações contratuais. (...) Vivem os tribunais atualmente um momento de importância histórica no que respeita às questões envolvendo o direito das obrigações. Por certo, o limiar de um novo século trouxe os bons ventos da mudança que se faz sentir quando se reclama, por exemplo, a aplicação dos princípios da obediência irrestrita ao pactuado e da autonomia da vontade. Observa-se, em tais casos, que a pura e simples aplicação de tais postulados vem cedendo lugar à necessidade de se atender, antes que tudo, aos princípios gerais da boa-fé e da igualdade entre os contratantes, a despeito do seu poderio econômico. Afinal, a liberdade de pactuação não autoriza o abuso do direito, devendo este ser estancado pela intervenção judicial no contrato, para que acabe prevalecendo o necessário estado de equilíbrio entre as partes. (...) Com efeito, o revendedor de combustíveis mantém relação de total dependência em relação à distribuidora, pois se um simples atraso na entrega de carga de combustível implica em prejuízo direto e perda de credibilidade junto à clientela, a interrupção do fornecimento acaba por inviabilizar o negócio. Há que se observar ainda a enorme desproporção entre as consequências da contumácia das partes em relação ao cumprimento de tais obrigações contratuais. Enquanto atrasos de pagamento, ou até mesmo a

589

NALIN, P. **Do contrato...**, p. 142. Desse modo, reconstrói-se o sentido da obrigatoriedade contratual: “É claro que o *pacta sunt servanda* ainda vige nos sistema contratual brasileiro e continuará vigendo, mas não pelo argumento de que sobre ele edifica a idéia de segurança jurídica nas avenças, uma vez afirmado que a justiça contratual reside na comutatividade da relação, pois a atual segurança jurídica se situa na condição de poderem os contratantes cumprir com as suas respectivas obrigações, sem sobressaltos, abusos ou excessos.” (NALIN, P. *Idem, ibidem*).

590

“A fundamentação da teoria da imprevisão está na noção moral de verdadeira injustiça, que ocorre quando uma determinada obrigação é exigida de um contratante, totalmente impossibilitado de cumpri-la, sem que isto o leve a situação extremamente prejudicial e até de possível ruína, em virtude de acontecimentos imprevisíveis à época da celebração do contrato, que acarretem um grave desequilíbrio nas relações contratuais (SANTOS, R. B. T. da S. P. dos. **Ob. cit.**, p. 35).

inadimplência eventual pressupõem violação grave por parte do revendedor, o atraso ou interrupção do fornecimento de combustível, como já dito, acaba por inviabilizar totalmente o negócio de revenda. No primeiro caso, a cobrança do débito em atraso pode ser promovida pela distribuidora a qualquer tempo, com utilização dos canais competentes. Já no último caso, a única solução plausível é a rescisão do contrato, sob pena de ruína financeira do revendedor. (...) A também comprovada e incontroversa desigualdade de tratamento entre os revendedores locais, em detrimento da recorrida, justifica a intervenção judicial para resguardar o equilíbrio da relação contratual até a composição definitiva da ação principal.⁵⁹¹

O retorno das preocupações em torno do equilíbrio contratual propiciou o resgate de institutos que haviam sido relegados pela teoria contratual clássica. Dois deles interessam em particular para o redimensionamento do papel da revisão dos contratos: o abuso do direito (traduzido nas cláusulas abusivas) e a lesão. Tais figuras jurídicas são fundamentais porque são causas de desequilíbrio da relação contratual contemporâneas à contratação e que, justamente por afrontar a justiça contratual, ensejam a revisão do pacto. Por isso merecem um estudo mais detido.

2.3 Prenúncio do novo papel da revisão contratual: a modificação do conteúdo do pacto por causas contemporâneas à contratação (cláusulas abusivas e lesão) e a consolidação do princípio da conservação dos contratos

O estudo da revisão dos contratos é, para a quase unanimidade dos autores, afeto à problemática da alteração das circunstâncias. As principais teorias preocuparam-se justamente com tal fenômeno, sendo requisito primeiro para a revisão do contrato a modificação posterior à contratação da situação fática subjacente à relação contratual com força suficiente a desequilibrá-lo.

⁵⁹¹

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação cível nº 96.025-8. Shell do Brasil S.A. *versus* Realgás Comércio de Derivados de Petróleo Ltda. Relator: Desembargador Fleury Fernandes, 5ª câmara cível. Acórdão de 14 de novembro de 2000 (acórdão em mãos). Nesse sentido, é fundamental rever o conceito de segurança contratual: “o princípio da segurança contratual não é argumento capaz de se opor à aceitação dessa teoria [da imprevisão], pois não se afigura correta a alternativa de escolha que fazem alguns autores entre segurança ou justiça na interpretação dos contratos. Com efeito, a questão não se resume à escolha de uma dessas noções, que, aliás, estão intimamente unidas, já que não se poderia falar em segurança contratual apenas para uma das partes. Na verdade, a segurança deve ser sempre encarada bilateralmente, o que conduz à justiça contratual, para o que, em muitos casos, se faz necessário o recurso à aplicação da teoria da imprevisão” (SANTOS, R. B. T. da S. P. dos. **Ob. cit.**, p. 55-56).

Assim, é comum a doutrina afastar figuras como a da lesão e a do abuso do direito (manifestados nas cláusulas abusivas) do âmbito da revisão dos contratos⁵⁹². Apegando-se ainda ao princípio da autonomia privada como fundamento exclusivo da vinculatividade contratual, a doutrina majoritária prende-se à tese de que todo e qualquer desequilíbrio inicial do contrato, entendido como surgido no momento de formação do contrato, fora aceito pelo contratante e, como tal, deve ser mantido. É a responsabilidade contratual advinda da autonomia de cada sujeito.

O problema, no entanto, está na efetiva configuração da autonomia privada. Como já foi ressaltado, com base na teorização de Joaquim de Souza Ribeiro, com o advento da sociedade de massas a autonomia privada perdeu seu caráter de autodeterminação individual⁵⁹³. Desse modo, dentro do jogo de poder na relação contratual, os mais fortes determinam a feição do contrato restando ao mais fracos, ante as necessidades materiais que têm, aceitar tal situação, aderindo aos ditames contratuais que lhe são impostos.

A ausência de autodeterminação na sociedade de massas é, como se observa, contemporânea à formação do contrato. Dela resulta todo o espírito de renovação da teoria contratual a partir da principiologia constitucional, atenta a um grau de concretude que permita restaurar a paridade de força que deve prevalecer em uma relação contratual justa. Nesse contexto é que se inserem os princípios da dignidade da pessoa humana, focando a análise em torno do contratante concreto à luz dos reais elementos da relação contratual; da solidariedade contratual, aproximando os

592

Como observa ALMEIDA COSTA, as “várias teorias constituem, conforme sabemos, soluções que, no caso, procuram a conciliação da relevância da vontade presumível do declarante com as expectativas do declaratório e o interesse público da estabilidade dos contratos; ou, dizendo de outro modo, visa-se harmonizar as exigências de justiça com a segurança do comércio jurídico”. (ALMEIDA COSTA, M. J. de. **Ob. cit.**, p. 297). Nesse sentido, os autores centram-se na figura do erro como vício de vontade (contemporâneo à contratação, ensejador da *anulação* do contrato) e o fenômeno da alteração das circunstâncias, superveniente à contratação, como possibilidade de revisão do contrato (ALMEIDA COSTA, M. J. de. *Idem*, p. 298-299 e ASCENSÃO, J. de O. **Ob. cit.**, p. 174-175). A exceção em relação a essa linha teórica, no que se refere aos estudos específicos acerca da revisão, é a obra de SILVA, L. R. F. da. (**Ob. cit.**), que separa, com precisão, causas de revisão contemporâneas da contratação de causas supervenientes ao contrato.

593

Nesse sentido, vide Parte II, Capítulo I, item 1.1.

contratantes em torno da prestação contratual e da justiça contratual, preservando o equilíbrio mínimo que deve presidir o contrato⁵⁹⁴.

Nesse sentido, limitar a revisão contratual a fatos posteriores à contratação é reducionismo injustificado que afronta a Constituição, retirando do âmbito de atuação da revisão hipóteses nas quais ela mais se mostra necessária. Desequilíbrios iniciais, quando da formação do contrato, mas cujos efeitos exteriorizam-se no curso da existência da relação contratual, podem ensejar a revisão do contrato. E o estudo de duas causas de desequilíbrio contratual contemporâneas à contratação são fundamentais ao papel contemporâneo desempenhado pela revisão contratual: o abuso do direito (manifestado nas chamadas cláusulas abusivas) e a lesão⁵⁹⁵.

A natureza das cláusulas abusivas é controvertida: parte da doutrina correlaciona ao abuso do direito⁵⁹⁶, valorizando a maneira de sua configuração; outros atêm-se mais à lesão, enfatizando seus efeitos (desequilíbrio contratual⁵⁹⁷). Há, no entanto, o consenso de que afrontam verdadeiramente o princípio da justiça contratual.

A questão de fundo, em verdade, é a insuficiência da teoria jurídica tradicional para enfrentar os desafios contemporâneos. O Direito moderno tinha

⁵⁹⁴ LEONARDO, R. X. **Ob. cit.**, p. 72-73: “Mais do que reflexo de uma alteração na composição de forças dos agentes econômicos, contudo, a autonomia privada foi realocada pelo constitucionalismo contemporâneo. Assim, esta deixa de ser apenas uma garantia da liberdade para ser concebida como pressuposto da dignidade da pessoa humana, que deveria ser reconhecida não apenas formalmente, mas também materialmente. Não é por outra razão que o fundamento último do poder de autogoverno nos ordenamentos jurídicos, ainda que indiretamente, se encontra nas constituições. Assim, sob uma perspectiva atual, não se pode reduzir o significado de autonomia privada ao poder conferido aos sujeitos de reger seus interesses, idéia melhor indicada pela expressão *autonomia contratual*. A autonomia privada passa a ser apenas um dos feixes do princípio maior da *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III), e os atos provenientes da autonomia não se reconduzem apenas à liberdade de iniciativa (CF, art. 1º, IV) – alvo de interpretação restritiva por autorizada doutrina – mas toda e qualquer expressão, patrimonial ou não patrimonial, do sujeito”.

⁵⁹⁵ SILVA, L. R. F. da. **Ob. cit.**, p. 41.

⁵⁹⁶ LÔBO, P. L. N. **Condições gerais...**, p. 156: “A cláusula abusiva tem fonte inspiradora próxima do direito, bem como, evidentemente, do princípio da boa-fé”, embora o autor enfatize que “A cláusula abusiva, independentemente dessas possíveis conexões de natureza, tem origem autônoma, com alcance mais restrito que abuso do direito e da lesão” (LÔBO, P. L. N. *Idem*, p. 157).

⁵⁹⁷ MARQUES, C. L. **Ob. cit.**, p. 768, relacionando a concepção em torno do abuso do direito como subjetiva (atrelada ao desvio de finalidade) e a lesão como objetiva (atentando-se ao resultado: desequilíbrio).

como valor máximo a liberdade individual⁵⁹⁸; desse axioma central derivou uma série de institutos e conceitos jurídicos tradicionais, como o direito subjetivo e o negócio jurídico. Nestas categorias valorizava-se essencialmente o “poder da vontade”, caracterizando-se a autonomia da vontade como um espaço de liberdade inviolável⁵⁹⁹.

Nesse contexto, o direito subjetivo passa a ser absoluto, ilimitado⁶⁰⁰. A figura do abuso do direito surgiu das transformações sociais que “atingiram o cerne do direito subjetivo”⁶⁰¹, mas sua abordagem teórica tinha sempre o obstáculo de se preservar o valor fundamental da liberdade. A consequência foi aproximar a figura do abuso do direito, em graus diferenciados de acordo com as diversas teorias, à noção de ilícito, assim se sucedendo com Planiol e Josserand⁶⁰².

Posteriormente buscou-se a diferenciação entre abuso do direito e ilicitude, como as concepções de Cunha de Sá e Castanheira Neves, enfatizando a violação ao

⁵⁹⁸ PINHEIRO, R. F. **O abuso...**, p. 15.

⁵⁹⁹ AMARAL, F. **Direito civil...**, p. 358: “A generalização das trocas configura uma nova força, um novo poder, que se destaca do direito de propriedade, e que é, precisamente, o poder de vontade que se realiza na liberdade de troca e na liberdade de atuação no mercado, correspondente ao que hoje denominamos de liberdade de iniciativa econômica. A autonomia da vontade traduz, portanto, um poder de disposição diretamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado de circulação dos bens de de meio de troca, e de que o instrumento próprio é o negócio jurídico. Essa autonomia significa, conseqüentemente, que o sujeito é livre para contratar, escolher com quem contratar e estabelecer o conteúdo do contrato. A autonomia privada teria, assim, como fundamento prático, a propriedade particular e, como função, a livre circulação dos bens, o que pressupõe, também, a *igualdade formal* dos sujeitos, isto é, a igualdade de todos perante a lei”.

⁶⁰⁰ PINHEIRO, R. F. **O abuso...**, p. 21-22.

⁶⁰¹ PINHEIRO, R. F. *Idem*, p. 27: “As primeiras limitações empreendidas pela lei nasciam com os direitos subjetivos e tinham por meta, estabelecer a coexistência entre prerrogativas individuais. A atuação do Estado permanecia negativa, pois em nenhum momento se impõem deveres aos titulares de direitos, já que visavam garantir apenas interesses individuais. O direito subjetivo ganhara limites externos, sem ser modificado em sua essência. E as primeiras manifestações do abuso do direito manifestam-se exatamente no teor destas limitações.”

⁶⁰² Planiol nega o abuso do direito como figura autônoma por entendê-lo como “logomaquia”, já que “um ato não pode ser ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito” (PINHEIRO, R. F. *Idem*, p. 78). Assim, se “direito cessa onde o abuso começa”, configurando-se, portanto, como ilícito (PINHEIRO, R. F. *Idem, ibidem*). Josserand, por sua vez, constrói a teoria finalista, na qual se caracteriza o abuso como uma afronta ao fim social do direito (*idem*, p. 93), manifestado nos “motivos ilegítimos”, que apresenta um lado subjetivo – intenção de danificar e objetivo – afronta a função social do direito (PINHEIRO, R. F. *Idem*, p. 96-97). Dessa maneira, abuso é tido por Josserand como uma contrariedade ao direito objetivo e como uma nova categoria da responsabilidade civil, o que o identifica como ato ilícito (PINHEIRO, R. F. *Idem*, p. 101).

conteúdo axiológico do direito subjetivo⁶⁰³. Mas ainda era preciso alcançar a efetiva autonomia do abuso do direito em relação ao direito subjetivo, o que somente será efetivado com o princípio da boa-fé⁶⁰⁴, que enaltece uma série de situações jurídicas materiais operadas na base de um contato específico entre duas pessoas⁶⁰⁵. Desse modo, o abuso do direito ganha autonomia e se desprende do direito subjetivo, possibilitando atingir situações contratuais.

Essa pequena e despretensiosa análise da evolução teórica do abuso do direito foi necessária tão-somente para ressaltar que, adotada a perspectiva da externalidade do abuso do direito, é possível sustentar que as cláusulas abusivas originam-se de um abuso da liberdade contratual a partir do princípio da boa-fé como controle do exercício de direitos⁶⁰⁶.

As cláusulas abusivas também são igualmente explicadas pela doutrina com base no instituto da lesão. Com efeito, vista por seu *efeito* (o desequilíbrio contratual), as cláusulas abusivas têm sua razão de ser na lesão. O parâmetro, então,

⁶⁰³ Nessa ordem de idéias, o ato abusivo revela-se “no momento em que o titular coloca a estrutura de seu direito subjetivo a serviço de um valor diverso daquele que se constitui em seu fundamento axiológico, elemento este que lhe é interno” (PINHEIRO, R. F. *Idem*, p. 108).

⁶⁰⁴ O abuso do direito é caracterizado por aquilo que MENEZES CORDEIRO denomina “disfuncionalidade”, ou seja, na aparente contradição entre a permissibilidade normativa e a interferência no sistema (MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa fé...**, p. 898). Nesse sentido, o exercício de uma posição jurídica implica uma afronta ao sistema concretizando o abuso. Tal constatação somente é possível a partir de uma análise dos elementos concretos violadores do sistema. Pressupõe, portanto, uma superação do formalismo manifestada no exercício da posição jurídica. Tal grau de concretude somente pode ser alcançado com a aplicação do princípio da boa-fé, que assim se apresenta como limite “traçado à limitação do exercício dos direitos subjetivos” (PINHEIRO, R. F. **O abuso...**, p. 127). Além disso, posições jurídicas que afrontam o sistema não se reduzem ao direito subjetivo, podendo esta presentes em “poderes, faculdades, direitos potestativos e outras realidades” (MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. e. **Da boa-fé...**, p. 898). Alcança-se, então, a externalidade do abuso do direito, separando-o da figura do direito subjetivo.

⁶⁰⁵ PINHEIRO, R. F. **O abuso...**, p. 128.

⁶⁰⁶ PINHEIRO, R. F. *Idem*, p. 324, dissertando sobre o desequilíbrio causado pelas cláusulas abusivas: “Em atenção a esse caráter objetivo, revelado para configuração das cláusulas abusivas, apresenta-se o princípio da boa-fé”, estipulado “não apenas em sua função de criar deveres, mas de impor limites ao exercício de direitos, delineando-se como verdadeira cláusula geral”. “Em consideração a essa ordem de idéia”, conclui a autora, “não se pode afastar de toda a hipótese de abuso do direito, uma vez que se encontra delineada a boa-fé em sua função de controle do exercício de direitos, o que suscita as modalidades de ‘exercício inadmissível de posições jurídicas’” (PINHEIRO, R. F. *Idem*, p. 325).

seria novamente o princípio da boa-fé, que, ao determinar a lealdade e a cooperação entre os contratantes, veda práticas que onerem significativamente uma das partes⁶⁰⁷.

Pode-se, então, concluir que o princípio da boa-fé é o grande fundamento das cláusulas abusivas⁶⁰⁸, cuja natureza pode ser visualizadas por dois ângulos: pela sua formação, caracterizada pelo abuso cometido no exercício da liberdade contratual (trata-se da “proibição de clausular abusivamente”⁶⁰⁹), ou, por seu efeito, manifestada na lesão (considerando-se a lesão despida de seus elementos subjetivos, ou seja, tão-somente a partir da desproporção entre as prestações⁶¹⁰).

A lesão, todavia, configura-se também como causa autônoma de revisão contratual⁶¹¹. Lesão é outra temática que demonstra muito bem a insuficiência da teoria contratual clássica em enfrentar os desafios modernos. Como observam Carlos Eduardo Pianovski RUZYK e Frederico Eduardo Zenedin GLITZ, o resgate da lesão implica um aparente paradoxo: “instrumento de justiça contratual inserido no seio dos ordenamentos jurídicos liberais”⁶¹².

Com efeito, a lesão é decorrência direta do princípio da justiça contratual, manifestação da equidade, como se observa dos textos justinianeus. Como salienta Caio Mário da Silva PEREIRA, a diferença de preço (desequilíbrio das prestações) é que caracteriza a origem romana do instituto, apresentando então um caráter essencialmente objetivo⁶¹³.

⁶⁰⁷ MARQUES, C. L. **Ob. cit.**, p. 768 e 774.

⁶⁰⁸ SILVA, L. R. F. da. **Ob. cit.**, p. 52.

⁶⁰⁹ CARPENA, Heloísa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**, p. 116-117: “O campo de aplicação da teoria do abuso do direito, no tocante às relações contratuais, mostra-se amplíssimo, permitindo que se afaste de um procedimento meramente empírico para se determinar dogmaticamente de que forma e em atenção a que princípios serão estabelecidos os limites ao exercício do direito de contratar. A esta altura pode-se identificar na teoria do abuso direito o fundamento da proibição de clausular abusivamente, tendo como foco de atenção a legislação de proteção ao consumidor”.

⁶¹⁰ PINHEIRO, R. F. **O abuso...**, p. 324.

⁶¹¹ SILVA, L. R. F. da. **Ob. cit.**, p. 92.

⁶¹² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A lesão nos contratos e a nova codificação brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual. In: **Revista trimestral de direito civil**, v. 15, p. 21.

⁶¹³ PEREIRA, C. M. da S. **Lesão...**, p. 34.

Na Idade Média os glosadores somaram à desproporcionalidade um elemento subjetivo: o dolo⁶¹⁴. Posteriormente, após o obscurecimento no Código de Napoleão (produto do liberalismo exacerbado, limitou o instituto à compra e venda imobiliária⁶¹⁵), ressurgiu no Código Civil alemão acrescida de novos elementos subjetivos: premida necessidade, leviandade e inexperiência⁶¹⁶. Com essa matiz foi adotada pela nova codificação brasileira (artigo 157).

A lesão é figura jurídica polêmica; a explicação para tal fato é justamente a constituição de dois elementos que, em princípio, parecem derivar de fundamentações ideológicas completamente diferenciadas. Com efeito, a desproporcionalidade tem como justificativa maior o princípio da justiça contratual que prima pelo equilíbrio econômico da relação contratual. O elemento subjetivo, todavia, parece manter a feição voluntarista característica da teoria contratual tradicional⁶¹⁷.

Mas tal dilema é aparente; como já diversas vezes ressaltado neste trabalho, os institutos jurídicos devem ser mergulhados no devir histórico de modo a ser reconstruídos. Nesse sentido, o significante permanece, mas o significado é alterado. A lesão, dessa forma, deve ser lida à luz dos valores contemporâneos, em que os elementos subjetivo e objetivo são interpretados conjuntamente como mecanismos de concretização da justiça contratual⁶¹⁸. Nesse sentido a racionalidade que preside a interpretação da lesão é “decorrente de demandas concretas”⁶¹⁹, abandonando-se um discurso neutro que descure a ordem principiológica.

⁶¹⁴ SILVA, L. R. F. da. **Revisão...**, p. 72.

⁶¹⁵ NEGREIROS, T. **Teoria...**, p. 170-171.

⁶¹⁶ NEGREIROS, T. *Idem*, p. 173.

⁶¹⁷ RUZYK, C. E. P.; GLITZ, F. E. Z. **Ob. cit.**, p. 33).

⁶¹⁸ RUZYK, C. E. P.; GLITZ, F. E. Z. *Idem*, p. 34.

⁶¹⁹ RUZYK, C. E. P.; GLITZ, F. E. Z. *Idem*, p. 35: “Diante disso, esse outro olhar sobre a lesão – que somente pode ser obtido se o Código Civil não for reputado como um sistema bastante em si mesma, mas como parte de uma ordem sistemática móvel e aberta – oportuniza uma hermenêutica construtiva, que atualiza essa figura jurídica, adequando-as as necessidades concretas que emergem das relações contratuais, e deixando em segundo plano a deificação formal da vontade”.

Tal constatação pode ser apanhada no próprio processo histórico de interpretação dos elementos da lesão e é a orientação que deve presidir a interpretação do instituto na atual codificação brasileira:

A dificuldade em conceber uma ação de proveitamento, distinta do dolo e da coação, no entanto, tem levado à negação da necessidade de um particular comportamento do aproveitador para configurar a lesão, tendo-se formado, na Alemanha, a *communis opinio* de que o aproveitamento consistiria em meros *estado subjetivo de conhecimento* da situação de inferioridade do prejudicado, de modo que a oferta espontânea deste seria insuficiente para configurá-lo. O maior relevo que, sob esta perspectiva, adquiriu a desproporção entre as prestações fez com que, de estado psíquico, o aproveitamento passasse a assumir uma *coloração objetiva*, consistente na circunstância de que aquele que aproveita recebe uma vantagem desproporcional. Não se vê nesta circunstância uma *atividade* do aproveitador, mas somente a objetiva existência de uma desproporção, o que parece haver determinado a defesa da idéia de que, uma vez presente esta última, há que se presumira exploração. Esta, aliás, é a tendência que se observa atualmente, já seguida, na linha do Aneprojeto do Código das Obrigações (1941), pelo Projeto do Código Civil Brasileiro de 1975: afastar-se da reminiscência das origens penais do parágrafo 138 do BGB.⁶²⁰

Produto do abuso do direito ou da lesão, as cláusulas abusivas ofendem diretamente o princípio da justiça contratual⁶²¹. A questão que se põe é: qual a sanção para tal afronta. E aqui o novo papel desempenhado pela revisão contratual é fundamental. A ofensa a um princípio implicaria a sanção máxima do ordenamento: a nulidade. A lesão, da forma como prevista na nova codificação brasileira, é anulável. Mas, se o contrato tem uma interpretação mais solidária e humana a partir de sua releitura pela Constituição, obviamente que deve ser preservado de maneira equilibrada, de modo a instrumentalizar os interesses existenciais e patrimoniais dos contratantes. Assim, o mecanismo sancionatório deve ser redimensionado levando-se em consideração os dados concretos e a tábua axiológica constitucional.

Nesse sentido caminhou o Código de Defesa do Consumidor, ao determinar que as cláusulas abusivas são nulas (art. 51), mas o contrato permanece válido (art.

⁶²⁰ BECKER, A. **Ob. cit.**, p. 116-117.

⁶²¹ As cláusulas podem ser vistas a partir de sua constituição ou de seus efeitos. Atentando-se a seus efeitos, é explicada pela lesão (em razão de equilíbrio que proporciona); a sua formação, todavia, é vista a partir do abuso do direito desde que conectado com os princípios da boa-fé e da função social do contrato. Trata-se de visualizar o fenômeno das cláusulas abusivas por dois lados diferentes e complementares, já que buscam promover a justiça contratual.

51, § 2º⁶²²). O sistema de proteção contratual do consumidor induz, então, uma conservação do contrato de consumo (como se denota da primeira parte do inciso V do artigo 6º da Lei do Consumidor⁶²³), interpretado justamente como ponto de encontro de direitos fundamentais. A mesma visão deve ser dada a qualquer contrato, já que relida a relação contratual à luz da principiologia constitucional, todo vínculo contratual é compreendido como uma composição solidária de interesses existenciais e patrimoniais⁶²⁴.

Mas a questão principal é o reconhecimento de que a revisão contratual pode se dar por causas contemporâneas. Tanto as cláusulas abusivas como a lesão cristalizam-se no momento de formação da relação contratual e a consequência, reconhecida de forma gradativa pela jurisprudência, é a revisão do contrato. Há, portanto, um completo redimensionamento do papel da revisão contratual, *já que todas as teorizações clássicas preocupam-se com a revisão por fatores supervenientes à contratação* (assim, por exemplo, a teoria da imprevisão e da base negocial).

Consolida-se, então, um novo princípio fundamental que se incorpora à teoria contratual contemporânea como meio de concretização dos demais princípios: o da conservação dos contratos. Trata-se da superação dos óbices que impedem a realização da obrigação contratual e é reflexo de uma crescente tendência de preservação de relações jurídicas visando atingir a finalidade social pretendida. Nessa esteira estão a conversão do negócio jurídico e teorias como a do adimplemento substancial⁶²⁵, por exemplo, ou a própria reformulação do conceito de

⁶²² Art. 51, § 2º: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

⁶²³ Nesse sentido, NERY JUNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto** (artigos 46 a 54), p. 592.

⁶²⁴ Evitando-se um perigoso subjetivismo, como explica LÔBO, P. L. N. **Condições gerais...**, p. 164.

⁶²⁵ Entendido como “um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização” (BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro em perspectiva comparativista. In: **Revista da faculdade de direito da universidade federal do rio grande do sul**, v. 9, p. 60). Ressaltando tal construção teórica como decorrência direta do princípio da conservação dos contratos, TARTUCE, F. **A função social...**, p. 104.

obrigação (o desenvolvimento da concepção da obrigação como processo, em que o “adimplemento qualificado” é o elemento nuclear⁶²⁶), ilustrativas da tendência da preservação do contrato e a realização social da obrigação.⁶²⁷

Busca-se, em verdade, a revitalização da liberdade contratual, pretendendo-se a manutenção da autodeterminação individual. Para tanto, é imprescindível repensar o papel da revisão dos contratos à luz dos princípios constitucionais, o que permitirá efetivar a reconstrução do contrato e concretizar o projeto social estampado na Carta Magna⁶²⁸.

Tal remodelamento do papel da revisão dos contratos traduz-se na aplicação direta dos princípios constitucionais e em uma interpretação que possibilite dar novos sentidos a dispositivos legislativos. Desse modo, para concluir a potencialidade do papel da revisão contratual na contemporaneidade, resta analisar as saídas que a nova codificação brasileira oferece para a conservação do contrato, ressaltando que

⁶²⁶ Basta repisar as primeiras linhas escritas por Clóvis do COUTO E SILVA na célebre e brilhante monografia “A obrigação como processo”, que introduziu tal concepção da relação obrigacional entre nós: “A presente obra, ‘A obrigação como processo’, tem como por finalidade salientar os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela, examinando-se a relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor (...) O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim. O tratamento teleológico permeia toda a obra, e lhe dá unidade”. (COUTO E SILVA, C. do. **A obrigação ...**, p. 5).

⁶²⁷ No campo das relações de consumo, o princípio da conservação dos contratos já apresenta grande alcance: “(...) o outro lado da moeda do direito de rescisão pelo consumidor é a nova imposição da jurisprudência de continuação dos contratos de consumo inadimplidos, se o inadimplemento do consumidor não foi “substancial” ou importante. A teoria do inadimplemento substancial (*substancial performace*) reforça a idéia que cabe apenas ao consumidor rescindir o contrato ou mantê-lo e que a melhor conduta do fornecedor é renegociar seus termos ou cooperar para que o consumidor possa adimpli-lo.” (MARQUES, C. L. **Ob. cit.**, p. 248-249).

⁶²⁸ Como observam MENEZES DIREITO e CAVALIERI FILHO, o direito constitucional, “em face da prevalência dos interesses sociais e coletivos, a partir de um determinado momento, tornou-se o grande invasor de todos os domínios jurídicos”. Tal fato traz a “inegável vantagem” da determinação de “maior estabilidade e eficácia a certos direitos de ampla repercussão social, que passaram a ser tutelados a partir da matriz constitucional. A legislação ordinária, como é imperativo nos sistemas de constituição racional-normativa, deve ser editada considerando a disciplina constitucional, sendo certo que a aplicação da legislação será feita no plano infraconstitucional, resslavada a eventualidade da existência da inconstitucionalidade. De todos os modos, ao intérprete caberá ter presente os dispositivos constitucionais, na verificação da conformidade da lei com a Constituição” (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil**, v. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios, p. 25).

Qualquer interpretação que se faça de suas regras não pode fugir ao comprometimento com as tendências do direito contemporâneo e com princípios postos na Constituição Federal de 1988, especialmente, os que pregam ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil o zelo pela dignidade humana e o culto à cidadania (art. 1º, II e III). O individualismo consagrado pelo Código Civil de 1916 foi sepultado, dando lugar a que a lei positivada seja adequada às necessidades sociais das partes em situação de litígio, prestigiando, assim, a estabilidade das relações em um ambiente de coletividade. Há plantada no Código Civil de 2002 uma postura legislativa que prestigia as cláusulas gerais, fenômeno que irá exigir dos juízes uma mudança cultural para compreendê-las e aplicá-las nos limites das propostas por elas emitidas⁶²⁹.

⁶²⁹

DELGADO, José Augusto. **Comentários ao novo código civil**, v. XI, t. I: das várias espécies de contrato, do seguro, p. XIV. Nesse sentido, “Pela concepção do direito civil constitucional nota-se uma inversão da forma de interação dos dois ramos do direito – o público e o privado – interpretando o Código Civil segundo a Constituição Federal, em substituição do que se costuma fazer, isto é, exatamente o inverso” (TARTUCE, F. **A função social...**, p. 63).

Capítulo 3 O PAPEL CONTEMPORÂNEO DA REVISÃO CONTRATUAL E A NOVA CODIFICAÇÃO BRASILEIRA: LEITURA DOS DISPOSITIVOS CODIFICADOS QUE PERMITEM A REVISÃO CONTRATUAL À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

3.1 **Hermenêutica construtiva e superação do estrito legalismo: releitura de institutos e dispositivos legais à luz da principiologia constitucional**

O presente trabalho dedica-se ao papel da revisão dos contratos no direito contratual contemporâneo. Preocupa-se, em sua essência, com a *efetivação dos princípios constitucionais na relação contratual a partir da revisão dos contratos*, de modo a *preservar e redesenhar o contrato segundo a tábua valorativa constitucional*.

No dia 10 de janeiro de 2002 foi publicada a nova codificação brasileira (Lei nº 10.406/2002). E o desafio da concretização dos princípios constitucionais ganha ainda mais importância. Como salienta Gustavo TEPEDINO, “o momento é de construção interpretativa e é preciso retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, à Constituição da República”.⁶³⁰ Nesse contexto, é de se indagar as potencialidades do novo texto codificado acerca da revisão contratual, tendo-se como norte justamente uma hermenêutica construtiva calcada na principiologia constitucional.

O enfoque temático proposto induz o enfrentamento da problemática relativa à interpretação e aplicação do Direito, o grande desafio da contemporaneidade, como explica Luís Roberto BARROSO:

O direito constitucional brasileiro vive um momento virtuoso. Do ponto de vista de sua elaboração científica e da prática jurisprudencial, duas mudanças de paradigma deram-lhe nova dimensão: a) o compromisso com a efetividade de suas normas; e b) o desenvolvimento de uma Dogmática da interpretação constitucional. Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em

⁶³⁰

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional, p. xv.

que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos.⁶³¹

Hermenêutica jurídica é “um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito”.⁶³² Interpretação, por sua vez, “é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto”⁶³³ e aplicação de uma norma jurídica é “o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato”.⁶³⁴

Interpretação não se confunde, em princípio, com aplicação, embora se apresentem de maneira muito próxima:

a aplicação da regra confunde-se por vezes com esta operação [interpretação], mas indevidamente. Para haver aplicação têm de se pressupor conhecidas as regras. Logo, a aplicação é logicamente posterior a determinação da regra. O que se procura então é, na fórmula corrente, realizar a aplicação da norma ao caso concreto, vencendo as dificuldades que este último momento pode trazer.⁶³⁵

Justamente para melhor enfrentar essas dificuldades que os casos concretos apresentam é que a “a interpretação constitucional exige, ainda, a especificação de um outro conceito relevante, que é o de construção”,⁶³⁶ ou seja, “tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas”.⁶³⁷

⁶³¹ BARROSO, L. R. Fundamentos..., p. 41-42.

⁶³² BARROSO, L. R. **Interpretação...**, p. 103.

⁶³³ BARROSO, L. R. *Idem, ibidem*.

⁶³⁴ BARROSO, L. R. *Idem, ibidem*.

⁶³⁵ ASCENSÃO, J. O. **O direito...**, p. 398.

⁶³⁶ BARROSO, L. R. **Interpretação...**, p. 103.

⁶³⁷ BARROSO, L. R. *Idem*, p. 103-104.

Como expõe Carlos MAXIMILIANO, construção consiste na operação em que o jurista

reúne e sistematiza o conjunto de normas; e com seu espírito ou conteúdo forma um complexo orgânico. Ao invés de criticar a lei, procura compreendê-la e nas suas palavras, confrontadas com outras do mesmo ou de diferente repositório, achar o Direito Positivo, lógico, aplicável à vida real. A interpretação atém-se ao texto, como a velha exegese; enquanto a Construção vai além, examina as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico; uma estuda propriamente a lei, a outra conserva como principal objetivo descobrir e revelar o Direito; aquela presta atenção maior às palavras e ao sentido respectivo, esta ao alcance do texto; a primeira decompõe, a segunda recompõe, compreende, constrói.⁶³⁸

A construção não somente trabalha com todo o sistema normativo, como também atenta-se à realidade fática: “Compete à exege construtora ‘fecundar a letra da lei na sua imobilidade, de maneira que se torne esta a expressão real da vida do Direito’. Mergulhe, profundamente, nas ondas do objetivo, participando da realidade”⁶³⁹.

A partir desses conceitos fundamentais, pode-se alcançar uma noção das preocupações que giram em torno da interpretação: a busca de concretização das normas pelo Poder Judiciário. Dos conceitos sumariamente expostos, decorre que

a aplicação traz necessariamente um excesso de conteúdo em relação à interpretação. Interpretada a fonte, oferece-se a necessidade de adequar a regra apurada às circunstâncias concretas. E isto verifica-se perante as previsões aparentemente mais simples. (...) É como se a lei chegasse tão-somente até certo ponto, e daí por diante deixasse um espaço vazio, que terá de ser preenchido pela valoração das circunstâncias. A esta tarefa se chama por vezes de adaptação da lei ao caso concreto. E com base nela se tem defendido o caráter necessariamente criador da jurisprudência.⁶⁴⁰

A Constituição é composta de normas que apresentam um conteúdo semântico vago (princípios e valores). A nova codificação está recheada de cláusulas gerais, também dotadas de vagueza semântica. Tais normas exigem do intérprete

⁶³⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 40.

⁶³⁹ MAXIMILIANO, C. *Idem*, p. 47.

⁶⁴⁰ ASCENSÃO, J. de O. **O direito...**, p. 649-650.

uma atividade que possibilite sua aplicabilidade, juntando elementos normativos e fáticos. A partir dessa junção, o hermeneuta constrói uma norma aplicável ao caso. Nessa ordem de idéias, fala-se em hermenêutica construtiva, ou seja, a partir da interpretação de uma norma abstrata constrói-se a norma concreta adequada ao caso.

Vê-se, portanto, que a construção não é propriamente um método interpretativo, e sim um mecanismo de realização da Constituição. Como explica BARROSO, “a Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade, uma tensão permanente. É nesse espaço que se definem as possibilidades e os limites do direito constitucional”.⁶⁴¹

A interpretação construtiva diz de perto com a denominada *eficácia social* das normas constitucionais, muitas vezes ignorada pelos juristas, buscando o equilíbrio entre o dever-ser e o ser. Representa, desse modo, o grande instrumento de realização concreta do princípio da efetividade (cujo lema é “o direito existe para realizar-se”,⁶⁴² enfatizando a idéia da força normativa da Constituição) e

um dos pontos capitais ao princípio da efetividade é a necessidade de o Poder Judiciário se libertar de certas noções arraigadas e assumir, dentro dos limites do que seja legítimo e razoável, um papel mais ativo em relação à concretização das normas constitucionais. Para tanto, precisa superar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional do Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira que ele não inove nada, mas, as revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.⁶⁴³

Instrumentos que possibilitem efetivar socialmente as normas constitucionais: esse é, em suma, o grande desafio do constitucionalismo brasileiro e é nesse universo que se insere a problemática da revisão dos contratos como instrumento de concretização dos princípios constitucionais. Esse desafio implica superação da exclusividade da interpretação silogística, denominada técnica da

⁶⁴¹ BARROSO, L. R. **Interpretação...**, p. 242-243.

⁶⁴² BARROSO, L. R. *Idem*, p. 247.

⁶⁴³ BARROSO, L. R. *Idem*, p. 250-251.

subsunção, na aplicação do direito, predominante na formação do racionalismo característico do Direito moderno⁶⁴⁴ (que redundou no legalismo característico do Estado liberal).

Com efeito, é preciso vencer a barreira de que os institutos jurídicos são meros cânones abstratos, tidos como uma realidade em si mesma, possibilitando com isso uma maior concreção dos institutos jurídicos. A dogmática deve ter os olhos voltados para o real, possibilitando com isso a transformação social. Desse modo, levando-se em consideração que os princípios constitucionais possibilitam a abertura para a sociedade, supera-se o estrito formalismo que engessa a atividade jurídica:

Nunca será demais insistir, face à tendência obstinada e insidiosamente contrária tantas vezes e por tantas formas historicamente perceptível no pensamento jurídico, que a Dogmática Jurídica deve atentar para a moldura social em que se realiza, para as necessidades, reclamos e objetivos humanos em função de que precisamente deve cumprir-se sua tarefa. Há que se lutar sem tréguas contra os excessos logicistas que desembocam no formalismo jurídico, que pode ser caro aos juristas formados em sua viciosa atmosfera, mas desservem o povo – destinatário final desse trabalho – que não compreende, não se interessa e nada leva desse sutil exercício intelectual que teima em ignorá-lo.⁶⁴⁵

Dessa forma, potencializa-se, a partir da busca da efetividade das normas constitucionais, a hermenêutica construtiva (construção de uma norma adequada ao caso) e reconstrutiva (reformulação de normas e institutos defasados, garimpando seu sentido contemporâneo).

Os Tribunais exercem cada vez mais um papel ativo na consolidação da normatividade constitucional. Os juízes deixam de ser mero instrumento de veiculação de regras e normas jurídicas e passam a ser elementos centrais no sistema jurídico. Em sua atividade hermenêutica, constroem e reconstroem normas, determinando um sistema móvel e dinâmico que se revitaliza permanentemente. Daí se dizer da jurisprudência como fonte de Direito, como explica Elías DÍAZ:

⁶⁴⁴ A respeito da racionalidade moderna e forma como influenciou a concepção da teoria tradicional do contrato, v. parte I, especialmente os capítulos 1 e 2.

⁶⁴⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**, p. 35.

A elaboração criadora do Direito pode fazer-se por três vias: legislativa, consuetudinária e jurisprudencial. (...). A via jurisprudencial criadora se manifesta nos diferentes supostos em que, de uma forma ou outra, se reconhece às resoluções dos tribunais de justiça o caráter de fontes do Direito. (...). A interpretação e a investigação integradora se hão de valer e auxiliar a construção dogmática e do sistema.⁶⁴⁶

Com isso não se quer dizer que é o ato de juízes (sentença ou acórdão) que se torna fonte de Direito, e sim a racionalidade da aplicação normativa, que junte o dado normativo com o dado concreto, como explica Pietro PERLINGIERI:

Se se analisa o papel da jurisprudência como fonte, verificar-se-á que não é tanto o ato jurisdicional a criar o direito, mas, sim, a sua *ratio decidendi*, isto é, o princípio que representa a idéia sobre a qual se funda a sentença; idéia, aliás, sempre ligada à *fattispecie* concreta, às suas peculiaridades que, freqüentemente, são únicas. É impossível dar ao precedente judiciário um determinado e autônomo grau na hierarquia das fontes. Antes da lei? Antes dos regulamentos comunitários? Antes das normas constitucionais? Depois dos regulamentos ou depois dos usos? Na realidade, a eficácia normativa do precedente reside na eficácia normativa das regras e dos princípios de direito positivo interpretados e aplicados pela jurisprudência.⁶⁴⁷

A conjugação fato e norma por meio da aplicação judicial passa a dar novo colorido à teoria das fontes, já que institutos jurídicos somente têm sua conceituação completada a partir dos elementos do caso concreto.

Esse papel cada vez mais participativo do Juiz na interpretação e aplicação do Direito não ofende o princípio da separação dos poderes. Como explica Carlos MAXIMILIANO, “o Direito vive pela jurisprudência e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o Direito evoluir sob uma legislação imóvel”⁶⁴⁸. O autor ressalta que “a grande força criadora do Direito Romano foi menos o legislador de que a jurisprudência, outrora mais poderosa do que na atualidade”⁶⁴⁹, apresentando ao final a seguinte conclusão:

⁶⁴⁶ DÍAZ, E. **Ob. cit.**, p. 68.

⁶⁴⁷ PERLINGIERI, P. **Ob. cit.**, p. 20.

⁶⁴⁸ MAXIMILIANO, C. **Ob. cit.**, p. 48.

⁶⁴⁹ MAXIMILIANO, C. *Idem*, p. 49.

Embora o princípio da divisão dos poderes, observado sem restrições, o que, aliás, se não pratica em país nenhum, extinga o antigo papel criador do Direito, atribuído à jurisprudência; o dever de decidir litígios, sejam quais forem as deficiências da lei escrita, força a magistratura a reivindicar, em parte, a sua velha competência e assim tornar-se, de fato, uma dilatadora e aperfeiçoadora das norma rígidas.⁶⁵⁰

Enfim, o princípio da separação dos poderes não pode servir de desculpa para uma estratificação do Direito e configurar uma amarra à jurisprudência construtiva, como adverte Dalmo de Abreu DALLARI:

No direito brasileiro, tanto na produção teórica quanto da jurisprudência, verifica-se que foi estabelecido e se tornou predominante, apesar de brilhantes manifestações em contrário de alguns teóricos e magistrados, o que se poderia denominar 'culto da legislação', reduzindo-se o direito à lei escrita e resistindo-se a todas as tentativas de atualização. É uma atitude de acomodação, conservadora ou mesmo reacionária, motivo de conflitos entre o direito inscrito na lei e a realidade social. De um lado, essa atitude dispensa o esforço da atualização dos conhecimentos teóricos, permitindo o uso de teorias e autores há longo tempo consagrados, habitualmente muito citados e transcritos para dar a impressão de que as afirmações e conclusões têm sólido embasamento 'científico'. Além disso, procura-se com essa orientação justificar a falta de esforço ou de conhecimentos sociais num dado momento histórico. Por último, procura-se, com a aplicação automática e literal dos textos legais, reduzir a responsabilidade do aplicador por decisões que, muitas vezes, contêm injustiças evidentes. Sempre que essa atitude é questionada, usa-se a desculpa de que o juiz não é legislador, não lhe sendo permitido reescrever a lei no momento de aplicá-la, adicionando-se, ainda, que, se for admitida a interferência do juiz na fixação do sentido da lei, haverá uma lei diferente para cada juiz e assim o resultado será injusto, pois casos iguais serão julgados de maneiras diferentes. O conhecimento da evolução das teorias jurídicas e sociais mostra, de modo evidente, a fragilidade dessas desculpas, que já não são aceitáveis nas sociedades modernas.⁶⁵¹

É com base nessas premissas, visando à efetividade e concretização de um contrato mais humano, solidário e equitativo, que se devem interpretar as causas de

⁶⁵⁰ MAXIMILIANO, C. *Idem, ibidem*.

⁶⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**, p. 96-97.

revisão dos contratos⁶⁵². Desse modo, é preciso ler os dispositivos codificados sob o enfoque das cláusulas gerais aplicadas segundo a ótica constitucional⁶⁵³.

Compreendendo o sistema como *aberto*, consolida-se “um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro tendo em vista o mesmo fato”.⁶⁵⁴ Como assenta Claus-Wilhelm CANARIS, a abertura do sistema pode ser a do sistema científico, na medida que todo e qualquer sistema científico sempre pode ser posto em, e a do sistema objetivo, já que, espelhado na sociedade, sofre as influências das mutações sociais, ganhando assim *dinamicidade*⁶⁵⁵. Desse modo, “a abertura do sistema *objetivo* resulta da essência da jurisprudência, designadamente da essência do Direito positivo como um fenômeno colocado no processo da História e, como tal, mutável”, podendo-se, então, concluir com o autor que o sistema jurídico “nunca pode chegar ao fim, antes sendo por essência, um processo infundável”⁶⁵⁶.

⁶⁵² A nova codificação brasileira oferece vários preceitos que buscam a justiça contratual: “o princípio da boa-fé objetiva, que confere ao juiz o poder de reequacionar as condições do negócio jurídico, visando a eliminar distorções existentes, comprometedoras do equilíbrio que deve prevalecer entre o quinhão que se dá e o que se recebe (arts. 113 e 422). O art. 478 prevê a resolução do negócio jurídico á vista de onerosidade excessiva. No capítulo sobre defeitos dos negócios jurídicos surgiram dois vícios d consentimento: *estado de perigo* (art. 156) e *lesão* (art. 157), que tutelam o equilíbrio econômico dos contratos. A vedação do *enriquecimento sem causa*, previsto nos arts. 884 e 885, contribui, igualmente, para a eliminação do coeficiente de injustiça que o princípio da autonomia da vontade pode obrigar” (NADER, P. **Curso de direito civil**, v. 3..., p. 31).

⁶⁵³ Até porque “O papel da magistratura, por outro lado, não é o guardião da vontade privada, mas sim da ordem pública constitucional. A criação pelo juiz do dispositivo aplicável aos conflitos de interesse deve significar a expressão do controle social quanto à consecução dos princípios constitucionais, adquirindo a prestação jurisdicional uma dimensão abrangente e decisiva na afirmação do Estado Social. A atividade meramente repressora da magistratura cede lugar, assim, à sua função proativa na construção de uma sociedade solidária e igualitária, como pretendeu o constituinte de 1988. As relações entre a Constituição e o direito civil não podem ser reduzidas, portanto, a um problema de técnica legislativa. E a chamada constitucionalização do direito civil não coincide, como pretendem alguns, com uma utilização fugaz de princípios constitucionais por parte da magistratura, enquanto faltavam soluções legislativas específicas”. (TEPEDINO, Gustavo. Editorial. In: **Revista trimestral de direito civil**, v. 15, p. iv).

⁶⁵⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Vera Maria Jacob de Fradera (Org.), p. 39, nota 13. Aliado a isso, “a concepção do sistema aberto permite que se componham valores opostos, vigorantes em campos próprios e adequados, embora dentro de uma mesma figura jurídica, de molde a chegar-se a uma solução que atenda à diversidade de interesses resultantes de determinada situação”. (COUTO E SILVA, C. do. *Idem*, p. 43).

⁶⁵⁵ CANARIS, C. **Ob. cit.**, p. 106-107.

⁶⁵⁶ CANARIS, C. *Idem*, p. 110-111.

Com efeito, as cláusulas gerais, como anota Judith MARTINS-COSTA, têm a função de dar abertura e mobilidade ao sistema, esta sob “dupla perspectiva”: a “externa”, aproximando a ordem normativa da realidade social, e a “interna”, entendida como “a que promove o retorno, dialeticamente considerando, para outras disposições do sistema”.⁶⁵⁷

As cláusulas gerais contribuem decisivamente no papel desempenhado pela revisão dos contratos. No somente porque permitem a concreção, ou seja, possibilitam a abertura do sistema e a aproximação do Direito à realidade, mas porque concretizam os princípios e valores constitucionais. Essa observação é importante porque se devem compreender as cláusulas gerais a partir de uma racionalidade *tópico-sistemática*⁶⁵⁸, sob pena de inutilizá-las ou torná-las instrumentos de arbitrariedades⁶⁵⁹.

Desse modo os princípios constitucionais servem de base para interpretação das cláusulas gerais constantes na codificação. Com isso, os dispositivos analisados deverão ser lidos em conjunto com as cláusulas gerais da função social do contrato

⁶⁵⁷ MARTINS-COSTA, J. A *boa-fé...*, p. 341.

⁶⁵⁸ “Do emprego da cláusula geral decorre o abandono do princípio da tipicidade e fica reforçado o poder revisionista do Juiz, a exigir uma magistratura preparada para o desempenho da função, que também deve estar atenta, mais do que antes, aos usos e costumes locais. O projeto tomou nitidamente partido pelo uso desse instrumento, que é útil, moderno e permite a melhor realização de uma solução ajustada ao caso. Expressão mais apurada dessa idéia, regra quase perfeita, que servirá para iluminar todo o Direito Obrigacional, está no art. 186 do Projeto, que limita o exercício do direito aos seus fins econômicos e sociais, à boa-fé objetiva e aos bons costumes” (AGUIAR JUNIOR, R. R. Projeto..., p. 20). O dispositivo referido pelo autor corresponde ao artigo 187 do Código e trata do abuso do direito.

⁶⁵⁹ O sistema tem por característica a ordenação e a unidade (CANARIS, C. *Ob. cit.*, p. 12). Desse modo, não se pode valer exclusivamente da tópica, sob pena de cair em uma casuística sem controle. Todavia, a simples adoção de um sistema fechado não possibilita a dinamicidade que o Direito, como fenômeno social, precisa ter. Nesse sentido, o sistema se vale da tópica, existindo uma “complementação” entre o pensamento tópico e sistemático (CANARIS, C. *Idem*, p. 277 e MARTINS-COSTA, J. A *boa-fé...*, p. 370-371). Tal observação é particularmente importante para as cláusulas gerais, posto que, se não lidas à luz dos princípios e valores fundamentais (que conferem ordem e unidade ao sistema e estão expostos, no ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição da República), terão seu conteúdo esvaziado e poderão levar ao excesso de subjetivismo pelo aplicador (TEPEDINO, G. Crise..., p. xix). Assim, “as cláusulas gerais do novo Código Civil poderão representar uma alteração relevante no panorama do direito privado brasileiro desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea”. (TEPEDINO, G. *Idem*, p. xx).

(artigo 421), da boa-fé (artigo 422) e, inclusive, do enriquecimento sem causa⁶⁶⁰ (artigo 884), pois permitem a concretização dos princípios da solidariedade e do equilíbrio contratual⁶⁶¹.

Redimensiona-se, assim, o papel desempenhado pela revisão contratual por dois caminhos (que não se excluem, ao contrário, complementam-se entre si): a consolidação da revisão como instrumento de efetivação *direta* dos princípios constitucionais, redesenhando o contrato à luz da tábua axiológica constitucional, e a viabilização da revisão por intermédio da hermenêutica construtiva de dispositivos codificados que possibilitem a preservação do contrato, aplicando indiretamente a principiologia constitucional⁶⁶².

3.2 As causas contemporâneas da revisão dos contratos na codificação brasileira de 2002: lesão (art. 157), abuso do direito (art. 187), cláusulas abusivas e a possibilidade de redução da cláusula penal (art. 413)

⁶⁶⁰ Compreendo-se o enriquecimento sem causa não como fonte obrigacional e sim como princípio, “buscando conferir à hipótese concreta um critério de justiça e razoabilidade” (NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**, p. 189); LUCCA observa que é tendência das legislações adotarem o enriquecimento sem causa como princípio geral (LUCCA, Newton de. **Comentários ao novo código civil**, v. XII: dos atos unilaterais, do título de crédito, p. 101), podendo ser visto como um veículo de concretização do princípio da justiça contratual (NANNI, G. E., *idem*, p. 193) e parâmetro hermenêutico para as hipóteses de revisão contratual, embora não se constitua uma verdadeira causa de revisão contratual (daí a ausência de um estudo mais detido do instituto neste trabalho). Nesse sentido, o Código Civil o colocou como cláusula geral (artigo 884), de modo que “não se encontra obstáculo em utilizá-lo como meio de repressão de situações de iniquidade, desde que não ocorra a violação da lei” (NANNI, G. E. *Idem, ibidem*; igualmente, MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Novo código civil anotado**, p. 786).

⁶⁶¹ TEPEDINO, G. Crise..., p. xxxii-xxxiii.

⁶⁶² Consubstanciando-se, dessa forma, as duas hipóteses de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, como expõe SARLET, I. W. **Ob. cit.**, p. 367-368: “estar-se-á em face de uma aplicação direta da Constituição quando inexistir lei ordinária concretizadora, não houver cláusulas gerais ou conceitos indeterminados aplicáveis à espécie ou mesmo quando o seu campo de atuação for mais restrito do que as normas constitucionais”. No mesmo sentido, LORENZETTI, R. L. **Ob. cit.**, p. 258, ressaltando que os “princípios têm uma função integradora, interpretativa, e de aplicação” além de constituírem “a estrutura institucional da sociedade civil”. Isto é essencial em relação à importância de um estatuto legislativo como o Código Civil, já que “um Código não é, em verdade, algo de estático ou cristalizado, destinado a embaraçar caminhos, a travar iniciativas, a provocar paradas ou retrocessos: põe-se antes como sistema de soluções normativas e de modelos informadores da experiência vivida de uma Nação, a fim de que ela, graças à visão atualizada de conjunto, possa com segurança prosseguir em sua caminhada”. (REALE, M. **Ob. cit.** p. 47-48).

Conforme já exposto no capítulo anterior, a revisão contratual pode decorrer de duas espécies de causas: as contemporâneas à contratação, nas quais “desde o momento em que o pacto é celebrado ele contém, em si, o germe que pode ensejar a sua modificação através da via judicial”;⁶⁶³ e as supervenientes ao contrato, em que a revisão é autorizada “porque houve acontecimentos posteriores, fora da regulamentação contratual, que causaram uma quebra na comutatividade inicialmente contratada”.⁶⁶⁴

A nova codificação brasileira seguiu a clássica abordagem acerca do tema, cuidando de modo expresso apenas das causas supervenientes de revisão dos contratos. Assim, previu no artigo 317 a flexibilização do princípio no nominalismo e a revisão da prestação obrigacional depreciada no tempo em razão de “motivos imprevisíveis” e estipulou, nos artigos 478, 479 e 480, a chamada teoria da onerosidade excessiva, de origem italiana, em capítulo referente à extinção dos contratos.

A concentração do codificador nas causas de revisão supervenientes à contratação não significa, entretanto, que esteja completamente impossibilitada a revisão por causas contemporâneas no universo codificado. Isso porque o Código Civil brasileiro previu institutos *ensejadores da revisão do pacto*⁶⁶⁵ que, lidos à luz

⁶⁶³ SILVA, L. R. F. da. **Ob. cit.**, p. 75.

⁶⁶⁴ SILVA, L. R. F. da. *Idem*, p. 95.

⁶⁶⁵ Essa colocação refere-se a dispositivos gerais que permitem a revisão a qualquer contrato. Existem, evidentemente, dispositivos específicos que permitem a revisão contratual, como a do aumento de preço dos materiais no contrato de empreitada (artigos 620 e 625). Considerando, todavia, a amplitude restrita de artigos dessa natureza, eles não serão objeto de análise. Cabe, porém, visando demonstrar a importância dada pela nova codificação à revisão contratual, expor o exemplo ressaltado expressamente por Miguel REALE, mentor da nova codificação, referente a alteração da obrigação de pagar o aluguel pelo tempo que faltar na resolução do contrato de locação. Reformulando completamente dispositivo anterior (artigo 1.193 da codificação de 1916), o artigo 572 do atual Código permite (o que se deve ser lido como uma determinação) ao magistrado fixar a indenização pelo tempo que faltar “em bases razoáveis”. Como assevera REALE, consubstancia-se “tese de manifesta justiça material, à vista de fatos objetivos imprevisíveis”, demonstrando a “importância da revisibilidade dos contratos, aceita pelo Projeto de Código Civil, com aplicação nas mais distintas esferas da vida privada, tão logo se comprometa objetivamente o desequilíbrio ruinoso do contrato, desde que insuscetível de ser previsto no ato de conclusão no negócio jurídico como sua álea natural” (REALE, M. **Ob. cit.**, p. 31). A revisão do contrato, portanto, foi tida pelo codificador como matéria de suma relevância, embora se apresente, de certa forma, presa a premissas próprias da teoria contratual tradicional.

das cláusulas gerais constantes da codificação e dos princípios constitucionais, possibilitam ao magistrado intervir no contrato e reajustar o conteúdo do contrato.

A primeira possibilidade clara exposta na codificação no sentido da conservação do contrato é a figura da lesão (prevista no artigo 157 do Código⁶⁶⁶). Conforme visto⁶⁶⁷, a lesão foi considerada pelo codificador como defeito do negócio jurídico, jungindo elementos de ordem objetiva (desproporção) e subjetiva (premente necessidade ou inexperiência, não adotando o chamado dolo de aproveitamento: basta que um dos contratantes aproveite-se do desequilíbrio, ainda que não tenha intenção para tanto⁶⁶⁸).

Nessa ordem de idéias, o codificador ateu-se à configuração da lesão delineada pela maioria da doutrina, em que pese ser criticável sua colocação como vício de consentimento⁶⁶⁹, o que pode induzir uma prevalência do elemento subjetivo, contrariando assim o seu fundamento maior (justiça contratual⁶⁷⁰). Mas, com relação à revisão contratual, a problemática maior está na sanção estipulada: a anulabilidade.

Tradicionalmente a consequência dada para a lesão era a rescisão do contrato⁶⁷¹. A codificação brasileira, por sua vez, estabeleceu como sanção ao negócio lesivo a anulabilidade, razão pela qual parte da doutrina confere à lesão prevista no Código Civil brasileiro denominações diferenciadas: Antônio Junqueira de AZEVEDO a chama de “lesão especial”, ao passo que Álvaro Villaça

⁶⁶⁶ Art. 157: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional, ao valor da prestação oposta.”

⁶⁶⁷ Vide parte II, capítulo 2, item 2.3.

⁶⁶⁸ TEPEDINO, G. et al. **Ob. cit.**, p. 295.

⁶⁶⁹ Como observa AGUIAR JUNIOR, o Código, ao estabelecer requisitos subjetivos à lesão, “disse menos do que poderia ter dito” (AGUIAR JUNIOR, R. R. de. Projeto..., p. 23).

⁶⁷⁰ Nesse sentido, RUZYK, C. E. P.; GLITZ, F. E. Z. **Ob. cit.**, p. 21, observando assim que “tal como um selvagem, a lesão foi ‘civilizada’, e adequou-se perfeitamente à lógica do mercado”. Todavia, o princípio da justiça contratual é o grande basilador da lesão, de modo que os requisitos subjetivos devem ser interpretados como meios de concretização do equilíbrio contratual. Desse modo, a necessidade é vista como “*impossibilidade de se evitar o contrato*, que não decorre da capacidade econômica”, a leviandade interpretada como “inconsequência” pela “falta de suficiente reflexão” acerca dos efeitos do contrato e a inexperiência é tida como “*inexperiência contratual*” (BECKER, A. **Ob. cit.**, p. 121-122), sempre levando-se em conta a fragilidade concreta do contratante.

⁶⁷¹ Como se observa desde a “*laesio enormis*” romana.

AZEVEDO a considera como “lesão-vício”.⁶⁷² De qualquer forma, o negócio é desfeito, voltando-se ao estado anterior.

A hipótese prevista para revisão do contrato lesivo pelo legislador está no parágrafo 2º do artigo 157 do Código: “Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte oferecida concordar com a redução do proveito”. A revisão, se considerada apenas a exegese do texto, estaria completamente esvaziada e absolutamente condicionada à manifestação de vontades das partes.

No entanto, valendo-se de uma interpretação construtiva calcada na tábua axiológica constitucional, a revisão não somente é medida possível como imperiosa frente ao ordenamento. Com efeito, se a lesão é instituto derivado do princípio da justiça contratual e se os bens forem essenciais aos interesses dos contratantes, o contrato deve ser mantido e as cláusulas reformuladas⁶⁷³, adequando-se a relação contratual aos mandamentos constitucionais.

Nesse sentido caminham as orientações doutrinárias acerca do dispositivo legal. Carlos Eduardo Pianovski RUZYK e Frederico Eduardo Zenedin GLITZ advertem que “nem sempre a anulação do negócio jurídico é a solução que atende aos interesses do lesionado. Não raro o contrato celebrado, apesar da presença da lesão, diz respeito a um bem jurídico que se coloca como essencial para atendimento das necessidades do contratante”.⁶⁷⁴

A lesão, como mecanismo de concretização da justiça contratual, não pode ficar presa a anulabilidade⁶⁷⁵. É necessário, dentro de uma racionalidade tópico-

⁶⁷² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código civil comentado**: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos, p. 237.

⁶⁷³ Até porque “O remédio para lesão deve adaptar-se, na medida das possibilidades, ao mal que combate. Não pode redundar em um obstáculo à atividade econômica, assim como não pode ser ineficaz a ponto de deixar subsistirem situações de injustiça contratual” (BECKER, A. **Ob. cit.**, p. 148).

⁶⁷⁴ RUDYK, C. E. P.; GLITZ, F. E. Z. **Ob. cit.**, p. 36.

⁶⁷⁵ Como observa Jones Figueirêdo ALVES, a lesão é instituto “assecuratório de justiça contratual, onde a onerosidade excessiva ocorre independentemente de causa superveniente” (ALVES, J. F. **Ob. cit.**, p. 424).

sistemática, ater-se aos *elementos concretos do contrato e, em atenção aos princípios constitucionais (em especial ao da justiça contratual) e as cláusulas gerais constantes da codificação*, determinar se o contrato é passível de revisão:

Em suma: verificada a lesão, deve-se analisar, no caso concreto, se à luz da justiça contratual será mais adequada a anulação do negócio ou a revisão do contrato. Tal opção pode ser exercida, desde logo, pelo lesionado: sendo mais vantajosa a revisão do contrato, pode o prejudicado valer-se dos instrumentos legais pertinentes para obtê-la, em vez de pleitear sua anulação. O pleito de revisão pode ser deduzido, pois, atendendo-se aos princípios da isonomia e da justiça contratual, desde logo, pelo lesionado. A revisão do contrato, em vez de sua extinção por meio da anulação, atende, ainda, à outro princípio vetor da nova ordem contratual: a função social do contrato, inferida a partir da função social da propriedade e do princípio da solidariedade.⁶⁷⁶

Solidariedade contratual, fundamento do princípio da boa-fé, recepcionado pela codificação como cláusula geral, que também serve de suporte para interpretação do artigo 157 da nova codificação: “a consagração do instituto da lesão no CC é informada pelos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico das prestações, e mitiga o princípio da força obrigatória dos contratos”.⁶⁷⁷

A possibilidade de revisão dos contratos por lesão é, desse modo, fundada nas cláusulas gerais constantes da codificação, lidas à luz da ordem axiológica constitucional. Há, portanto, um direcionamento do Código, desde que visto em sua totalidade, para a preservação do contrato⁶⁷⁸. A própria sanção estipulada – anulabilidade (que diferencia a lesão do Código brasileiro da lesão enorme romana e da usurária – geradoras de nulidade), implica a idéia de conservação do negócio, já que “a lesão seria um defeito sanável, de acordo com a vontade das partes”⁶⁷⁹). Nesse sentido é a exegese de Humberto THEODORO JUNIOR:

⁶⁷⁶ RUDYK, C. E. P.; GLITZ, F. E. Z. **Ob. cit.**, p. 38.

⁶⁷⁷ TEPEDINO, G. et al. **Ob. cit.**, p. 294.

⁶⁷⁸ “As regras de ordem pública de proteção partem do pressuposto de que o interesse da parte contratante tutelada, na maior parte das vezes, não está em colocar fim ao contrato mediante a arguição de uma invalidade, bem pelo contrário: muitas vezes somente impugnará o contrato se tiver a certeza que será mantido. Em que pese eventualmente injusta, na medida em que satisfaz suas necessidades, interessa-lhe a conservação da avença, que, em resposta aos ditames da justiça e da utilidade contratuais, deve ser apenas **modificada**” (BECKER, A. **Ob. cit.**, p. 165).

⁶⁷⁹ MARTINS, Marcelo Guerra. **Lesão contratual no direito brasileiro**, p. 191.

No entanto, se se levar em conta o prestígio que o Código dispensa ao princípio da conservação do negócio, mesmo quando afetado por nulidade (arts. 170, 176, 178, etc.), não será injurídico pretender que quem pode o mais pode o menos. Se à parte prejudicada cabe o direito de desconstituir todo o negócio, não é desarrazoado admitir que possa pleitear apenas a redução do preço, para eliminar a lesão nele contida. É de se lembrar que, no Código de Defesa do Consumidor, a regra é a revisão do contrato afetado por lesão; sua anulação é excepcional (CDC, art. 51, § 2º). Não há motivo sério para que, no regime do Código Civil, também não se reconheça à parte lesada a faculdade de pleitear a revisão do contrato, em lugar de total anulação⁶⁸⁰.

Enfim, levando-se em consideração que “diversos fatores, concomitantes ou não à formação contratual, podem acarretar o desvio do caminho a ser seguido pela autonomia da vontade, ensejando a revisão do pacto”,⁶⁸¹ é perfeitamente possível sustentar a revisão contratual em decorrência da lesão na forma prevista pela codificação brasileira⁶⁸², até porque é instrumento ideal para viabilização de uma análise concreta.⁶⁸³

Cabe ainda ressaltar a interessante posição de Álvaro Villaça de AZEVEDO, que visualiza no artigo 480⁶⁸⁴ do Código Civil a figura da lesão enorme romana (ou seja, basta o desequilíbrio para que se configure a lesão, dispensando-se os elementos subjetivos) como causa da revisão. Como expõe o autor,

nesse dispositivo está presente, salvo melhor juízo, o entendimento justinianeu de não permitir a onerosidade excessiva e de reprimir cláusulas abusivas, leoninas, que quebram o princípio da

⁶⁸⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil**, v. III, t. I: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III, p. 237.

⁶⁸¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo código civil. In: **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Gustavo Tepedino (Coord.), p. 275.

⁶⁸² Nesse sentido concluiu-se na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho Superior da Justiça Federal: “Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado promover o incitamento dos contratantes a seguir as regras do art. 157, parágrafo 2º, do Código Civil de 2002”.

⁶⁸³ NEVARES, A. L. M. **Ob. cit.**, p. 276: “A utilização de um conceito aberto, tal como determina o Código Civil de 2002, é muito mais eficaz para a verificação da lesão, pois permite que a desproporcionalidade das prestações seja analisada caso a caso, apurando-se a justiça contratual daquela situação específica. Nessas hipóteses, é de se ressaltar o papel primordial do juiz, pois ficará a seu critério, após analisar os elementos trazidos pelo autor e réu da demanda, a caracterização do negócio como lesivo”.

⁶⁸⁴ Art. 480: “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

comutatividade dos contratos. Embora o preceituado seja genérico, concentra-se nele a idéia de cuidar do contrato no momento de sua formação, pois a consideração quanto ao desequilíbrio após a contratação está prevista no artigo 478 do CC brasileiro.⁶⁸⁵

No mesmo sentido é o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo:

As expressões ‘obrigações a apenas uma das partes’ são relativas àquelas que tornam vulnerável um das partes em relação à onerosidade excessiva, que ocorrerá inevitavelmente se houver o fato superveniente. Nesse caso, o desequilíbrio de direitos e obrigações já está presente no momento da celebração do contrato, devendo o juiz promover os meios para reduzir a vulnerabilidade do contratante e evitar que seja submetido à futura onerosidade excessiva.⁶⁸⁶

A consequência do artigo 480, nesse sentido, é a revisão contratual e neste dispositivo “a lesão não necessita de outras circunstâncias, senão a do desequilíbrio econômico do contrato independente de culpa”.⁶⁸⁷ No entanto, é necessário ater-se à forma como o codificador alocou o dispositivo: na seção referente à *resolução por onerosidade excessiva*.

Esse dispositivo é a reprodução no código brasileiro do artigo 1468 da codificação italiana⁶⁸⁸ (estatuto legislativo que criou a teoria da onerosidade excessiva). E a interpretação dada pela doutrina italiana à expressão “*obbligazione di una sola parte*” (obrigação de uma única parte) é a de que se tratam de contratos unilaterais ou de contratos gratuitos⁶⁸⁹. Nessa espécie de contratos, o contratante

⁶⁸⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato, boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In **Questões controvertidas no novo código civil, v. 2**. Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves (Coord), p. 26-27. O autor já havia expressado sua opinião de que a onerosidade excessiva implica a lesão enorme do Direito Romano na obra **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**, p. 35. No mesmo sentido, TARTUCE, F. **A função social...**, p. 214.

⁶⁸⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Código civil anotado**, p. 256.

⁶⁸⁷ AZEVEDO, A. V., O novo código..., p. 27.

⁶⁸⁸ Art. 1468: “Contrato com obrigações de uma só parte. Na hipótese prevista pelo artigo precedente [resolução por onerosidade excessiva], se se trata de um contrato no qual uma só das partes assumiu obrigações, esta pode requerer uma redução de sua prestação ou uma modificação na modalidade de execução, suficiente para reconduzi-la a equidade”. (tradução livre de: “*Contratto con obbligazioni di una sola parte. – Nell’ipotesi prevista dall’articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità*”).

⁶⁸⁹ ROPPO, V. **Il contratto...**, p. 1030.

beneficiado pela onerosidade excessiva da obrigação do outro contratante sempre evitará a resolução com a redução de sua prestação (hipótese do artigo 479 do Código brasileiro, que para os contratos sinalagmáticos se configura como uma *alternativa*), pois “oferencendo-a conserva ao menos parte da vantagem unilateral que o contrato lhe dá, enquanto se não a oferecesse perderia aquela vantagem por inteiro”.⁶⁹⁰ Desse modo não se trata da incorporação da lesão como causa de revisão, e sim decorrência natural da disciplina da resolução por onerosidade excessiva.⁶⁹¹

Outra hipótese inserida na codificação que possibilita a revisão contratual por causa inserida desde o momento de formação do contrato diz respeito à figura do *abuso do direito* (artigo 187), ainda mais se conectada como a proteção ao aderente nos contratos de adesão (artigo 423) e com o próprio instituto da lesão (art. 157).

Como visto, a figura do abuso do direito deve ser delineada fora do direito subjetivo. Explicada no princípio da boa-fé, implica uma violação ao sistema jurídico compreendido em seus princípios fundamentais. Desse modo, pode servir de base para vedação às cláusulas abusivas⁶⁹². Levando-se em consideração essa ordem de idéias, cabe analisar o modo como a nova codificação brasileira tratou o abuso do direito.

Dispõe o artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Da dicção do dispositivo, duas conseqüências principais emergem: o abuso do direito foi estipulado como *ilícito*, seguindo dessa maneira o tratamento tradicional acerca da matéria⁶⁹³ e adotou-se uma concepção *objetiva* do abuso do direito, ligado ao princípio da boa-fé⁶⁹⁴.

A constituição do abuso do direito como ilícito é criticável, já que não reconhece a autonomia da figura jurídica. Trata-se da dificuldade em se admitir

⁶⁹⁰ ROPPO, V. *Idem, ibidem*.

⁶⁹¹ No mesmo sentido é a interpretação de OTHON SIDOU, J. M. **Ob. cit.**, p. 135-136.

⁶⁹² Vide parte II, cap. 2, item 2.3.

⁶⁹³ Vide parte II, cap 2, item 2.3, especialmente nota 531.

⁶⁹⁴ PINHEIRO, R. F. **O abuso...**, p. 303-304.

figuras novas, que não se adequam ao postulados tradicionais. Assim, somente existiriam “duas alternativas: a conduta está proibida e, portanto, é ilícita, ou não está proibida e, por isso, é lícita”.⁶⁹⁵ Não se visualiza, desse modo, um ato com caráter específico, que não seja nem ato lícito nem ato ilícito.

Mas o abuso do direito reveste-se dessa especificidade, pois “trata-se do exercício anormal de um direito próprio, no qual há respeito à sua estrutura formal, mas violação à sua ‘afetação substancial, funcional ou teleológica’, sendo considerado como ilegítimo”.⁶⁹⁶ Difere, portanto do ato ilícito, que pressupõe “uma contradição com uma obrigação específica de ação ou omissão”, implicando “violação de uma proibição específica, que pode ser uma obrigação ou um dever concretamente determinado”.⁶⁹⁷

Abuso do direito e ato ilícito têm em comum a antijuridicidade, manifestada neste na violação à forma e naquele no valor; assim, “quando se pratica um ato abusivo, exerce-se um direito próprio, do qual se é titular, ao contrário do ilícito, em que se pratica um ato contrário ao ordenamento jurídico”.⁶⁹⁸ Nesse sentido, é necessário interpretar o artigo 187 da codificação brasileira “como uma referência a uma ilicitude ‘*latu sensu*’, no sentido de contrariedade ao direito com um todo, e não como uma identificação entre a etiologia do ato ilícito e a do ato abusivo, que são claramente diversas”.⁶⁹⁹

A redução do abuso do direito ao ilícito suscita dois problemas: aproxima a figura à culpa, noção quase inerente ao conceito tradicional de ilicitude e restringe a sua sanção exclusivamente, como conseqüente do ato ilícito, ao dever de indenizar⁷⁰⁰ (o artigo 927, que prevê a obrigação de indenizar, faz remissão ao dispositivo

⁶⁹⁵ PINHEIRO, R. F. *Idem*, p. 113.

⁶⁹⁶ PINHEIRO, R. F. *Idem*, p. 119.

⁶⁹⁷ PINHEIRO, R. F. *Idem, ibidem*. Desse modo, “enquanto o ato ilícito excede os limites lógico formais do direito, o ato abusivo ultrapassa os limites axiológico-materiais de uma situação concreta.” (PINHEIRO, R. F. *Idem, ibidem*).

⁶⁹⁸ PINHEIRO, R. F. *Idem, ibidem*.

⁶⁹⁹ TEPEDINO, G. et al. **Ob. cit.**, p. 342.

⁷⁰⁰ TEPEDINO, G. et al. *Idem, ibidem*.

referente ao abuso do direito). No entanto, a ênfase dada pelo legislador ao princípio da boa-fé e à violação a finalidade econômico-social superam tais óbices.

Com efeito, interpretado o abuso do direito como violação ao princípio da boa-fé (o que justamente dá o seu caráter objetivo), não há necessidade de se perquirir qualquer elemento subjetivo como a culpa; o abuso ganha autonomia perante o ato ilícito e passa a ser compreendido como “exercício inadmissível de posições jurídicas”.⁷⁰¹ A boa-fé, por ligar-se à finalidade da relação concreta e a outros valores jurídicos, como o da função social do contrato, apresenta, desse modo, o contorno do ato abusivo.⁷⁰²

O artigo 187 do Código Civil deve ser lido em consonância, então, com as cláusulas gerais previstas nos artigos 421 (função social do contrato) e 422 (boa-fé), pois “ao condicionar o seu exercício a parâmetros de boa-fé, bons costumes e à finalidade sócio-econômica, o legislador submeteu os direitos – individuais e coletivos – aos valores sociais que estes conceitos exprimem”.⁷⁰³ Nesse sentido, “todo e qualquer ato jurídico que desrespeite tais valores, ainda que não seja ilícito por falta de previsão legal, pode ser qualificado com abusivo, ensejando a correspondente responsabilização”.⁷⁰⁴

A conjugação entre boa-fé e função social possibilita delinear o abuso do direito fora dos limites da responsabilidade civil, não implicando exclusivamente a obrigação de indenizar. Tais princípios caracterizam o ato abusivo como aquele que ofende o sistema jurídico compreendido em seus valores fundamentais, e não como mera ofensa a uma disposição legal (esta evidenciada como ilicitude). Essa amplitude, retirada do próprio artigo 187, permite igualmente sua separação dos direitos subjetivos, atingindo as relações contratuais, com explica Rosalice Fidalgo PINHEIRO:

⁷⁰¹ PINHEIRO, R. F. **O abuso...**, p. 325.

⁷⁰² PINHEIRO, R. F. *Idem*, p. 306.

⁷⁰³ CARPENA, Heloísa. Abuso do direito no código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In **A parte geral do novo código civil**: estudos nas perspectiva civil-constitucional. Gustavo Tepedino (Coord.), p. 384.

⁷⁰⁴ CARPENA, H. *Idem, ibidem*.

Acompanhando essa ordem de idéias, pode-se concluir que não obstante a falta de um correto enquadramento do abuso do direito perante o novo Código Civil, ele encontra-se esboçado em uma amplitude capaz de delineá-lo fora do âmbito circunscrito aos direitos subjetivos. Trata-se do reconhecimento de limites à liberdade contratual estabelecido pelo princípio da função social e da boa-fé, encontrado no contexto do novo Código em vigor.⁷⁰⁵

A previsão do abuso do direito no artigo 187, atentando-se à necessária conexão com a boa-fé e a função social do contrato, permite afirmar que o atual Código Civil brasileiro também veda as cláusulas abusivas⁷⁰⁶. Trata-se de mais uma das diversas vias para concretização da diretriz da socialidade, preconizada por Miguel REALE:

O ‘sentido social’ é uma das características mais marcantes do Projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor. Seria absurdo negar os altos méritos da obra do insigne Clóvis Beviláqua, mas é preciso lembrar que ele redigiu sua proposta em fins do século passado, não sendo segredo para ninguém que o mundo nunca mudou tanto como no decorrer do presente século, assolado por profundos conflitos sociais e militares.⁷⁰⁷

Com efeito, a estipulação de um rol de cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 51) não significa que elas somente existam em contratos de consumo, como explica Fernando NORONHA:

⁷⁰⁵ PINHEIRO, R. F. **O abuso...**, p. 308-309.

⁷⁰⁶ Como já observado (vide parte II, capítulo 2, item 2.3), as cláusulas abusivas são explicadas tanto pela lesão (com relação aos efeitos) quanto à formação (a partir do abuso do direito, desde que ligado com a boa-fé e a função social do contrato).

⁷⁰⁷ REALE, M. **ob. cit.**, p. 7. Sobre o viés social da atual codificação brasileira, ressalta TARTUCE que “No novo Código Civil, em vários dos seus dispositivos, há alteração dos velhos institutos do direito civil, exprimindo a socialidade em sentido amplo. No direito contratual, surge a busca da necessária harmonização entre os interesses privativos dos contratantes e os interesses de toda a coletividade. Nessa ordem, são tendências do direito privado não só a compatibilização do princípio da liberdade com o da igualdade, como também a busca da expansão da personalidade individual de forma igualitária e o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade individual” (TARTUCE, F. **A função social...**, p. 23). Nesse sentido, “O firme propósito de trazer o novo Código Civil ao contexto e à ideologia da terceira fase histórica do estado Moderno (as fases anteriores corresponderiam às do estado Absolutista e do estado Liberal) foi sempre destacado pelos autores do anteprojeto do Código, nomeadamente por Miguel Reale, quando se refere á diretriz de ‘socialidade’, que o teria informado, particularmente quanto aos princípios sociais do contrato, explícita ou implicitamente previstos nos seus arts. 421 a 424, a saber: a) princípio da função social do contrato; b) princípio da boa-fé objetiva; c) princípio da equivalência material do contrato” (LÔBO, P. L. N. **Comentários...**, p. 5).

Todavia, se foi a difusão dos contratos de adesão que forçou o legislador a regulamentar a cláusula abusiva, isto não significa que ela seja privativa deles, nem que só possa aparecer em contratos de consumo. Cláusulas abusivas podem surgir em contratos de consumo que não sejam de adesão, ou mesmo figurar em contratos de não consumo. Recorde-se que o contrato de adesão não é necessariamente um contrato de consumo: bons exemplos de contratos de não consumo, mas ainda de adesão, e rotineiramente com cláusulas abusivas, são os de distribuição ou concessão comercial, de franquia ou *franchising* e de faturização ou *factoring*. E estes contratos não de consumo, mesmo que ainda de adesão, não são obviamente tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor.⁷⁰⁸

Corroborando essa linha de idéias, o Código Civil protege os aderentes em contrato de adesão (artigos 423 e 424), embora não o defina, como faz a Lei de Consumo (artigo 54). Mas o fato de não apresentar um regramento detalhado acerca da matéria⁷⁰⁹ não induz a *inexistência de uma tutela adequada aos contratos de adesão naquilo que mais importa: as cláusulas abusivas que desequilibram o pacto*⁷¹⁰.

Com efeito, o fenômeno das cláusulas abusivas nasce com o esvaziamento axiológico do princípio da autonomia privada característico da sociedade de massas, cuja conseqüência em termos contratuais é a redução unilateral das obrigações do contratante mais forte ou majoração das atribuídas ao mais fraco, “criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas”.⁷¹¹ A função do magistrado, nesse sentido, é a de reequilibrar a relação contratual, dever esse exercido “conforme o princípio de que os contratos devem ser executados de *boa-fé*, de tal sorte que só os abusos e deformações sejam coibidos”.⁷¹² Nesse sentido, é possível visualizar na codificação uma repudia a contratos desequilibrados (igualmente manifestada, como observado, na previsão da lesão), como se observa das próprias palavras do autor do projeto do Código Civil:

⁷⁰⁸ NORONHA, F. **Ob. cit.**, p. 5.

⁷⁰⁹ AGUIAR JUNIOR critica a timidez do Código no que se refere aos contratos de adesão, instrumento que comumente tem sido suporte para muitos abusos (AGUIAR JUNIOR, R. R. de. Projeto..., p. 27).

⁷¹⁰ Até porque a cláusula abusiva “situa-se apenas no âmbito das condições gerais, sendo inaplicável às relações contratuais comuns. O que é abusivo no contrato de adesão a condições gerais pode ser válido no contrato negociado” (LÔBO, P. L. N. **Condições gerais...**, p. 157).

⁷¹¹ NORONHA, F. **Ob. cit.**, p. 3.

⁷¹² GOMES, O. **Contratos...**, p. 148.

Em nosso Projeto não prevalece a crença na plenitude hermética do Direito Positivo, sendo reconhecida a imprescindível eticidade do ordenamento. O Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exigem a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as consequências da cláusula *rebus sic stantibus*. Nesse sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo o Direito Obrigacional.⁷¹³

Tal desequilíbrio de prestações, freqüentemente ocasionado por cláusulas abusivas, pode ocorrer em contratos entre particulares não-consumidores ou entre empresários, por exemplo. A não previsão de um rol de cláusulas abusivas no Código Civil não autoriza a equivocada interpretação de sua não vedação por ausência de dispositivo específico.

As cláusulas gerais da boa-fé e da função social do contrato permeiam todas as disposições do Código que se referem a relações contratuais. Assim sendo, servem de suporte para interpretação do artigo 187, referente ao abuso do direito, e dos artigos 423 e 424, que prevêm os contratos de adesão. Conjugando esses dispositivos é perfeitamente possível sustentar-se a proibição de cláusulas abusivas pela nova codificação.

Desse modo a consequência do abuso do direito, desde que lido à luz da boa-fé e da função social do contrato, não se reduz ao dever de indenizar, podendo ensejar a revisão contratual, como esclarece Fernando Augusto CUNHA DE SÁ:

para além da responsabilidade civil ou até a ela cumulada, poderá descobrir-se toda uma infinda gama de sanções que, essas sim, impedirão que o titular do direito abusivamente exercido obtenha ou conserve as vantagens que obteve com a prática do ato abusivo e o farão reentrar, em última análise, no exercício legítimo do direito: a nulidade, a anulabilidade, a inoponibilidade, ou a rescindibilidade do acto ou negócio jurídico quando seja na sua prática que o abuso se verifique, até ao restabelecimento da verdade ou da realidade doas actos com ele conexados, aceitando, por exemplo, a sua validade não obstante a falta de forma exigida, concedendo a *exptio doli generalis* ou *specialis*, recusando a acção de anulação, ou mantendo em vigor a relação.⁷¹⁴

No mesmo sentido é o entendimento de Marco Aurelio S. VIANA, enfatizando acerca do artigo 187 da codificação brasileira que “a lei está oferecendo

⁷¹³ REALE, M. **Ob. Cit.**, p. 9.

⁷¹⁴ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**, p. 648.

ao seu aplicador critério para aferir se houve fissura no equilíbrio de interesses que, como ficou dito, cabe à ordem jurídica estabelecer e assegurar. À luz do caso concreto é que se disporá de elementos para a aferição da quebra desse equilíbrio, segundo critério oferecido pelo diploma civil”.⁷¹⁵

Sob esses argumentos é possível justificar a revisão de contrato que contenha juros abusivos, por exemplo. A vedação ao excesso de juros é compreendida a partir da boa-fé, da função social do contrato, da lesão e da noção de abuso do direito ligado a esses dois princípios.⁷¹⁶ Trata-se, enfim, da concretização do princípio da justiça contratual retirado da ordem axiológica constitucional.

A nova codificação brasileira estabelece, ainda, uma última forma de revisão contratual por causas contemporâneas à contratação: a redução da cláusula penal que se demonstre *excessiva* (artigo 413, parte final). O artigo 413 abrange duas hipóteses: a de redução da pena *em que exista cumprimento parcial* e a *da pena estipulada excessivamente* de acordo com a “natureza e finalidade do negócio”.⁷¹⁷ Com relação à segunda hipótese, há cláusula contratual que, desde o momento da formação do contrato, mostra-se como fator de desequilíbrio do contrato e que, portanto, enseja a intervenção judicial visando à efetivação da justiça contratual⁷¹⁸ (nesse sentido, trata-se da previsão pelo codificador de uma específica cláusula abusiva).

O dispositivo é concretização da proporcionalidade e do equilíbrio que devem presidir as relações contratuais. Nesse sentido pode-se deduzir desse

⁷¹⁵ VIANA, Marco Aurelio. **Curso de direito civil**: parte geral, p. 378.

⁷¹⁶ Fundamentando exclusivamente na função social do contrato, NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no código civil: apontamentos gerais. In: **O novo código civil**: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale. Domingos Franciulli Netto; Gilmar Ferreira Mendes; Ives Gandra da Silva Martins Filho (Coords.), p. 417-418.

⁷¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**, v. V, t. II: do inadimplemento das obrigações, p. 458.

⁷¹⁸ MARTINS-COSTA, J. *Idem*, p. 462: “No seu fundamento está, de forma imediata, o princípio da justiça corretiva, critério que pauta a moralidade ínsita às relações dos que vivem em comunidade e, por isto mesmo, se devem abster de utilizar o maior poderio econômico, social ou jurídico, para subjugar o *alter*”.

dispositivo, na esteira da legislação italiana, da doutrina portuguesa e brasileira⁷¹⁹, o princípio de caráter geral de que toda e qualquer penalidade deve ser proporcional ao interesse lesado:

A consequência, no plano sistemático e aplicativo, é a extensão, em via de interpretação analógica, da redução da pena a outras cláusulas ou melhor, mais corretamente, a extensão do princípio que inspira a redução (consentindo, desse modo, de superar a eventual objeção, pela qual a analogia não poderia ter como objeto uma disposição excepcional). Pense-se na extensão da redução da pena a outras cláusulas, sejam típicas, como as arras confirmatórias ou penitenciárias, sejam atípicas, como as cláusulas de liquidação dos danos ou as que contém penas privativas nos estatutos das associações não reconhecidas, quando prevêem uma prestação obrigatória, ou uma medida afliitiva, excessivamente desproporcional em relação ao interesse lesado. Portanto, entre o interesse lesado pela violação da obrigação e a sanção pecuniária, no nosso sistema, vige um princípio de proporcionalidade, norma imperativa, a qual faz parte de uma ordem pública econômica, constitui um interesse primário do ordenamento e, portanto, absorve uma função de controle sobre atos de autonomia privada.⁷²⁰

A consequência do dispositivo é a inafastável revisão do contrato, de modo a restabelecer a justiça contratual. Nesse sentido, o dispositivo exprime

as diretrizes da concretude, da equidade e da socialidade no campo operativo do instituto da cláusula penal, constituindo em mais uma manifestação, no Direito das Obrigações, da diretriz

719

O artigo em comento tem evidente inspiração do artigo 1384 do Código Civil italiano: “Redução da pena. A pena pode ser diminuída de modo equânime pelo juiz, se a obrigação principal foi executada em parte (1181, 1526) ou se o montante da pena é manifestamente excessivo, sendo sempre resguardado os interesses que o credor tinha no adimplemento” (tradução livre de “Riduzione della penale. La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l’obbligazione principale è stata eseguita in parte, ovvero se l’ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardato all’interesse che il creditore aveva all’adempimento”). ANTUNES VARELA aponta o dispositivo correlato da codificação portuguesa (art. 812º) como consubstanciador do “princípio da justiça comutativa”. (ANTUNES VARELA, J. de M. **Ob. cit.**, p. 239). MARTINS-COSTA e BRANCO vêem o dispositivo como mandamento da equidade e eticidade (MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G. C. L. **Ob. cit.**, p. 139-140).

720

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato**, p. 451 (tradução livre de: “La conseguenza, sul piano sistematico ed applicativo, è l’estensibilità, in via di interpretazione analogica, della riduzione della penale ad altre clausole o meglio, più correttamente, l’estensione del principio che ispira la riduzione (consentendo, in questo modo, di superare l’eventuale obiezione, per la quale l’analogia non potrebbe avere ad oggetto una disposizione eccezionale). Si pensi all’estensibilità della riduzione della penale ad altre clausole, sia come le clausole di liquidazione dei danni o quelle contenenti pene private stazione obbligatoria, o una misura afflittiva, eccessivamente sproporzionata rispetto all’interesse leso. Quindi, tra l’interesse leso per la violazione dell’obbligo e la sanzione pecuniaria, nel nostro sistema, vige un principio di proporzionalità, norma imperativa, la quale fa parte di un ordine pubblico economico, costituisce un interesse primario dell’ordinamento e, pertanto, assolve una funzione di controllo sugli atti di autonomia”).

constitucional da solidariedade social O seu *telos* é o de evitar que um instrumento útil, e em si mesmo legítimo, como a cláusula penal, se transforme em instrumento de ilegítimo exercício do maior poder contratual, ou via para o enriquecimento injustificado, ou para consagração da injustiça contratual.⁷²¹

Os tribunais, anteriormente à promulgação do novo Código Civil, já ampliavam o espectro do artigo 924 do Código anterior, estabelecendo não somente o dever do magistrado em reduzir a pena (o dispositivo revogado "facultava" ao magistrado a redução), como também acrescentando a possibilidade de redução da pena excessiva (a codificação anterior restringia-se à hipótese de cumprimento parcial).⁷²² Nesse sentido, utiliza como parâmetros para revisão normas constantes em leis especiais, especialmente a de usura (Decreto 22.626/33, artigo 9º⁷²³). Em suma, trata-se "de mais uma forma de coibir abusos"⁷²⁴ e que demonstra a revisão dos contratos como instrumento de efetivação da justiça contratual.

Os dispositivos comentados neste item, desde que lidos à luz dos princípios e valores constitucionais, demonstram que a nova codificação possibilita a ampliação dos limites da revisão dos contratos. Com efeito, nenhum dos artigos comentados encaixa-se nos rígidos pressupostos para revisão contratual postos pelas clássicas teorias que enfrentaram o tema (a começar pela própria causa da revisão, contemporânea à contratação, já que, como visto, a problemática da revisão contratual foi tradicionalmente restrita ao fenômeno da alteração das circunstâncias).

⁷²¹ MARTINS-COSTA, J. **Comentários...**, t. II, p. 458.

⁷²² TEPEDINO, G. Efeitos da ..., p. 102-103 e AZEVEDO, A. V. **Teoria geral...**, p. 88.

⁷²³ TEPEDINO, G. *Idem*, p. 103-104. A própria norma exposta no Código Civil traz elementos para a redução da cláusula penal excessiva, como observa MARTINS COSTA, "É que o Código oferece ao intérprete parâmetros objetivos: a natureza e a finalidade do negócio" (MARTINS COSTA, J. **Comentários...**, t. II, p. 464-465).

⁷²⁴ TEPEDINO, G. Efeitos..., p. 105 e LÔBO, P. L. N. **Cláusulas gerais...**, p. 166: "é certo, todavia, que a cláusula penal sempre se prestou a abusos, impondo ao aderente penas exageradas, convertendo-se em tirania do poder contratual dominante, o que levou as leis especiais de defesa do consumidor ou das condições gerais a intervirem. O direito comum tende igualmente a conter os abusos."

3.3. As causas supervenientes da revisão dos contratos: os artigos 317 e 478 do Código Civil brasileiro sob o enfoque dos valores presentes à contemporaneidade

O Código Civil brasileiro, ainda que de forma tímida, igualmente tratou da revisão do contrato por causas supervenientes à contratação. Como já visto, a revisão contratual por fatores supervenientes diz respeito à alteração das circunstâncias, problemática que suscitou a possibilidade de intervenção judicial no contrato. Os dispositivos em comento, nesse sentido, remetem-se, em maior ou menor extensão, às tradicionais teorias que se debruçaram sobre a temática⁷²⁵.

O legislador preocupou-se em dois segmentos com a revisão contratual por alteração das circunstâncias: quando disciplina o objeto do pagamento e sua prova, no artigo 317, estabelecendo a modificação da prestação obrigacional afetada por desproporção decorrente de motivos imprevisíveis⁷²⁶, e ao regular a denominada resolução por onerosidade excessiva, artigos 478 a 480, como forma de extinção do contrato⁷²⁷.

Trata-se, em suma, da adoção da teoria da imprevisão em graduações diferenciadas. Esse ponto precisa ser precisado. Como já visto, a teoria da imprevisão foi criada pela jurisprudência administrativa francesa no início do século XX, apresentando requisitos rígidos e específicos; imprevisibilidade, extraordinariedade e excepcionalidade da alteração das circunstâncias da contratação e a conseqüente excessiva onerosidade a um dos contratantes. Apresenta, como

⁷²⁵ A respeito das primeiras teorizações, vide parte I, cap. 3. Em relação às principais teorias surgidas no pós-guerra (início do século XX), vide parte II, cap 1, especialmente itens 1.2 e 1.3.

⁷²⁶ Art. 317: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quando possível, o valor real da prestação”.

⁷²⁷ Art. 478: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes de tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão a data da citação”. Art. 479: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”. Art. 480: “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

essência, caráter subjetivo, calcado na vontade das partes que compuseram o contrato.⁷²⁸

Da matriz francesa surgiram inúmeras doutrinas que mantêm a característica comum o subjetivismo. Pode-se dizer que a codificação brasileira seguiu esse prumo, estipulando duas variantes da teoria da imprevisão: o artigo 317 exige que a desproporção advenha de “motivos imprevisíveis” e o artigo 478 reproduz a teoria da onerosidade excessiva, inspirando-se no artigo 1467 do Código Civil italiano.⁷²⁹

Nesse sentido, Judith MARTINS-COSTA ressalva que o artigo 317 não acolhe a teoria da imprevisão na sua forma pura, pois não exige os pressupostos criados pelos franceses (já que inexistia a extraordinariedade e excepcionalidade do evento causador do desequilíbrio⁷³⁰), mas configura “uma versão mitigada da Teoria da Onerosidade Excessiva”, por não se restringir à resolução (exposta no artigo 478⁷³¹). Renan LUTUFO, comentando referido dispositivo, expõe que o dispositivo “às claras, adota a teoria da imprevisão e permite a intervenção judicial no reequilíbrio da obrigação...”.⁷³²

No entanto, mais importante do que determinar a teoria adotada pela nova codificação é analisar se tais disposições atendem à realidade massificada atual. Como já se observou anteriormente, a teoria da imprevisão, nos diversos aspectos que possa assumir, implica a manutenção da vontade inicial dos contratantes, não se importando efetivamente com os interesses concretos instrumentalizados pela relação contratual. Nesse sentido, é preciso reler os dispositivos em comento, a

⁷²⁸ Vide parte II, cap. 1. item 1.2.

⁷²⁹ Nessa ordem de idéias, BITTAR expõe que a onerosidade excessiva prevista no artigo 478 da nova codificação é “justificada pela teoria da imprevisão”, permitindo a resolução ou revisão do contrato (BITTAR, Carlos Alberto. **Direito dos contratos e dos atos unilaterais**, p. 156).

⁷³⁰ MARTINS-COSTA, J. **Comentários...**, p. 239.

⁷³¹ MARTINS-COSTA, J. *Idem, ibidem*.

⁷³² LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**, v. 2, p. 227. No mesmo sentido, RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Novo código civil comentado**, p. 298, ressaltando que para revisão do contrato “é imprescindível que a causa da desproporção tenha sido realmente imprevisível que tenha havido pedido expresso de uma das partes, sendo vedado ao juiz determinar a correção de ofício”, NADER, P. **Curso de direito civil**, v. 3..., p. 187 e TARTUCE, F. **A função social...**, p. 192.

começar pelo artigo 317, segundo os valores constitucionais, garimpando assim um efetivo mecanismo de restauração da justiça contratual.

A primeira observação acerca do artigo 317 é com relação a sua localização no Código: nas disposições referentes ao objeto do pagamento e sua prova, em seqüência à disciplina do princípio do nominalismo. Isso poderia significar, em uma apressada interpretação literal, que a revisão estaria restrita à atualização monetária da prestação obrigacional, servindo unicamente ao credor da obrigação. Mas, “na verdade, a regra se aplica para os dois lados; a desproporção manifesta pode ser tanto pela desvalorização do bem a ser prestado (desvalorização da moeda pela inflação, p. ex.), como pela superveniente valoração excessiva da prestação, quebrando a proporcionalidade entre a que fora convencionada e a que agora deva ser cumprida, em prejuízo do devedor”.⁷³³

Com efeito, o artigo 317 deve ser visto como mecanismo de concretização da solidariedade contratual⁷³⁴. Desse modo, passa a ser um instrumento útil de revitalização do contrato, importando-se com os reais interesses concretos das partes e superando óbices que uma interpretação literal poderia suscitar. A interpretação, como nas causas contemporâneas à contratação, deve ser feita em consonância com cláusulas gerais constantes da codificação e os valores expostos na Constituição da República:

Nesse sentido, vê-se que o Código, além de repetir as disposições sobre a impossibilidade, introduziu regra específica para o enriquecimento sem causa (“Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”) e regulou de modo superior a boa-fé objetiva (“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”; “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados

⁷³³

AGUIAR JUNIOR, R. R. de. **Extinção...**, p. 152-153.

⁷³⁴

Por isso deve ser lido em consonância com o artigo 421 da codificação: “Cumpra, outrossim, assinalar que, sendo imprevisíveis as mudanças na vida de relação, resultantes de fatores tecnológicos ou de transformações legislativas, pareceu necessário, aos elaboradores do Projeto, estabelecer uma norma de ordem geral, que possa servir de fundamento à Justiça para interpretação e aplicação das avencas, superando-se a tese individualista de que o ‘o contrato faz lei entre as partes’, quaisquer que possam ser as circunstâncias. Daí o disposto no art. 421, no sentido de que ‘a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’” (REALE, M. **Ob. cit.** P. 32). Igualmente ligando a função social do contrato ao artigo 317, GONÇALVES, C. R. **Principais inovações...**, p. 39.

conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”; Art. 187. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”). Com essas cláusulas gerais, sempre poderá o intérprete encontrar fundamento para a modificação ou a extinção do contrato em razão de fato superveniente que desvirtue sua finalidade social, agrida as exigências da boa-fé e signifique o enriquecimento indevido para uma das partes, em detrimento da outra.⁷³⁵

Tal critério hermenêutico é de suma importância para superação de uma visão simplista acerca do caráter subjetivo presente nas teorias da imprevisão⁷³⁶. O fundamental é não se apegar ao arraigado voluntarismo que caracterizou as primeiras teorizações acerca da revisão dos contratos. A adoção dessa posição implicaria verdadeiro retrocesso na evolução jurisprudencial brasileira, cada vez mais atenta a critérios objetivos e flexíveis para modificação do conteúdo da prestação contratual. Nesse sentido,

diante dos princípios constitucionais que regem a atividade econômica privada e definem o conteúdo axiológico dos princípios fundamentais do regime contratual, informando especialmente a função social do contrato e a cláusula geral da boa-fé objetiva (v. comentários aos arts. 421 e 422), há que se afastarem as interpretações que acabam por fazer renascer as diversas doutrinas subjetivistas da teoria da imprevisão.⁷³⁷

Dentro dessa ordem de idéias, a doutrina tem se esforçado em dar um conteúdo mais objetivo ao requisito da imprevisibilidade (aspecto que historicamente suscitou dúvidas a respeito de sua concretização), inclusive equiparando à extraordinariedade: “Mas a imprevisibilidade só pode ser objetiva. É independente da análise da situação psíquica das partes. Resulta de uma observação feita de fora. Dizer que é imprevisível equivale a dizer que é anômalo ou anormal”.⁷³⁸

⁷³⁵ AGUIAR JUNIOR, R. R. de. **Extinção...**, p. 147-148.

⁷³⁶ Nesse sentido, MELO critica a não adoção pelo Código da teoria da base negocial, “preferindo reeditar a vetusta cláusula *rebus sic stantibus* (...)” (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado**, v. III, t. I, p. 103). Observe-se, apenas, que a codificação não adotou a teoria da cláusula *rebus sic stantibus* e sim a teoria da imprevisão, no artigo 317, e a teoria da onerosidade excessiva, variante da teoria da imprevisão, nos artigos 478 a 480.

⁷³⁷ TEPEDINO, G. et al. **Ob. cit.**, p. 611.

⁷³⁸ ASCENSÃO, J. O., **Alteração...**, p. 178.

O Código Português, aliás, adota a expressão “alteração anormal” que difere da imprevisibilidade, pois

aquele afigura-se mais amplo do que este, permitindo, razoavelmente, conjugado com a boa fé, estender a resolução ou modificação a certas hipóteses em que as alterações anormais das circunstâncias, posto que previsíveis, afectem o equilíbrio do contrato (ex: na locação de uma janela para assistir à passagem de um cortejo, pode ser previsível que este não se realize ou que mude de trajecto.⁷³⁹

Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR aponta que “a imprevisibilidade deve acompanhar a idéia de probabilidade”. Portanto, “não basta que os fatos sejam possíveis (a guerra, a crise econômica sempre são possíveis), nem mesmo certos (a morte). É preciso que haja notável probabilidade de que um fato, com seus elementos, atuará eficientemente sobre o contrato, devendo o conhecimento das partes incidir sobre os elementos essenciais desse fato e da sua força de atuação sobre o contrato”.⁷⁴⁰

Tratando sobre a imprevisibilidade prevista no artigo 1467 do *Codice Civile*, Vincenzo ROPPO expõe o mesmo entendimento, enfatizando a especificidade do evento que altera a economia do contrato:

O juízo se joga essencialmente sobre dois dados: o grau de especificidade e o grau de probabilidade do fato superveniente com referência a possibilidade prevê-lo. Mais alto o grau de especificidade que se assume, mais facilmente o fato deverá ser considerado imprevisível: é sem dúvida previsível a genérica possibilidade que no futuro existem guerras; um pouco menos previsível que existirá uma guerra entre Israel e os países árabes; ainda menos previsível – antes, imprevisível – que a guerra árabe-israelita estourará nos próximos dez dias e levará ao fechamento do canal de Suez. Identificado o fato no seu justo grau de especificidade, conta-se pois a margem de probabilidade de

⁷³⁹ ALMEIDA COSTA, M. J. de. **Ob. cit.**, p. 304.

⁷⁴⁰ AGUIAR JUNIOR, R. R. de. **Extinção...**, p. 155; em outro estudo, o autor critica a pouca ousadia da codificação ao se afastar da teoria da base objetiva do negócio “que melhor satisfaz a exigência de justiça contratual, pois permite a intervenção judicial ainda quando inexistente a imprevisibilidade e a vantagem excessiva para o credor, e está fundada no exame das condições concretas do negócio, o que exclui o perigo de um julgamento fundado apenas em considerações de ordem subjetiva” (Projeto de código civil..., p. 28). Em visão diferenciada, DONINI propõe que se retire a imprevisibilidade como requisito para revisão do contrato, exigindo-se apenas a existência de um fato “imprevisto” (DONNINI, R. F. **Ob. cit.**, p. 203). Tal colocação, todavia, mantém a subjetividade e não elimina as dificuldades no enfrentamento da problemática da alteração das circunstâncias.

sua verificação: é previsível um fato 50% provável; é imprevisível um fato com 0,5% de probabilidade; por um fato 10% provável se discutirá.⁷⁴¹

O autor salienta ainda que há “uma progressiva atenuação do rigor do parâmetro”,⁷⁴² citando como exemplo a sempre presente problemática da inflação, cujo aumento enorme pode ser considerado imprevisível. Nesse sentido, passa a ser importante a valorização da expectativa do contratante em relação à prestação contratual:

(...) a “imprevisibilidade”, normativamente considerada, não tem significado idêntico ao que se adquire na linguagem científica, na qual possui caráter absoluto. O que se quer afirmar é que o ‘imprevisível’ é o que não poderia ser *legitimamente esperado* pelos contratantes, de acordo com a sua justa expectativa, a ser objetivamente avaliada, no momento da conclusão do ajuste.⁷⁴³

Assim, para sua determinação,

devem ser tomadas em conta todas as concretas circunstâncias do negócio, a capacidade de previsão de uma ‘pessoa razoável’, e as características do ramo de atividade no qual a prestação devida está inserida. Exponencial também será o princípio da boa-fé, do qual decorre, para além do dever de reequilíbrio contratual, o dever de consideração aos legítimos interesses da contraparte. Todos esses elementos devem, pois, ser considerados, pois o grau de certeza e de especificidade da previsão – por se tratar de um juízo de fato – não se presta a uma definição *a priori*.⁷⁴⁴

Em suma, as cláusulas gerais, como veículos de concretização dos princípios constitucionais, devem informar a interpretação do artigo 317 da nova codificação

⁷⁴¹ **Il contratto...**, p. 1025-1026 (tradução livre de: “*Il giudizio si gioca essenzialmente su due dati: il grado di specificità e il grado di probabilità del fatto sopravvenuto, cui refirire la possibilità di prevederlo. Più alto il grado di specificità che si assume, più facilmente il fatto dovrà considerarsi imprevedibile: à senz’altro prevedibile la generica possibilità che in futuro ci siano guerre; un po’ meno prevedibile che si sarà una guerra fra Israele e i paesi arabi; ancor meno prevedibile – anzi, imprevedibile – che la guerra arabo-israeliana scoppierà nei prossimi 10 giorni e porterà all’ chiusura del canale di Suez. Indentificato il fatto nel suo giusto grado di specificità, conta poi il margine di probabilità del suo verificarsi: è prevedibile un fatto probabile al 50%; è imprevedibile un fatto con lo 0,5% di probabilità; per un fatto probabile al 10% di discuterà*”).

⁷⁴² ROPPO, V. *Idem*, p. 1026.

⁷⁴³ MARTINS-COSTA, J. **Comentários...**, t. II, p. 253.

⁷⁴⁴ MARTINS-COSTA, J. *Idem*, p. 254. Em sentido contrário, entende Antonio Junqueira de Azevedo que o fato ensejador da resolução ou revisão por onerosidade excessiva (como visto, variante da teoria da imprevisão) deve ser necessariamente extraordinário e imprevisível (AZEVEDO, A. J. de, **Estudos e...**, p. 120).

brasileira, de modo a retirar seu conteúdo excessivamente subjetivista⁷⁴⁵ e possibilitar o reajuste do contrato em patamares objetivos e concretos⁷⁴⁶ que efetivem o real equilíbrio contratual. Trata-se, enfim, de buscar retirar do dispositivo a consolidação do princípio da justiça contratual, como salienta Judith MARTINS-COSTA:

Ora, as “normas de direcionamento” têm relevantíssimo peso na hermenêutica da legislação infraconstitucional. É precisamente o que ocorre com a concreção e interpretação do art. 317: no seu momento aplicativo, o intérprete deve levar em conta os princípios que orientam a ordem econômica, traduzidos no solidarismo ou na socialidade antes apontados e que, no campo contratual, encontram maximização, por via da boa-fé, no *princípio do equilíbrio contratual*, do qual decorre o *dever de re-equilibrar o contrato*. É justamente esse direcionamento hermenêutico que deve incidir na análise das condições de incidência da regra ora comentada.⁷⁴⁷

A outra hipótese prevista pela nova codificação brasileira para revisão do contrato por fatores supervenientes é a chamada teoria da onerosidade excessiva, previstas nos artigos 478 a 480⁷⁴⁸. Como já referido, tais dispositivos foram

⁷⁴⁵ Entendendo pela manutenção do requisito imprevisibilidade (em discordância, portanto, da posição assumida nesta dissertação), TARTUCE, F. **A função social...**, p. 191, razão pela qual sugere a reirada da expressão “motivos imprevisíveis” (TARTUCE, F. *Idem*, p. 263). ALMEIDA COSTA aduz que a teoria da imprevisão traduz “um esquema suscetível de deixar sem amparo algumas hipóteses merecedoras de proteção, atendendo às regras de boa fé. Tanto basta para que não possa aceitar-se a pura e simples aplicação do critério da imprevisibilidade”. (ALMEIDA COSTA, M. J. de. **Ob. cit.**, p. 127).

⁷⁴⁶ Miguel REALE, mentor da nova codificação, assevera que se deve ater a “fatos objetivos imprevisíveis” (REALE, M. **Ob. cit.**, p. 31).

⁷⁴⁷ MARTINS-COSTA, J., *idem*, p. 248. Nesse sentido, correlacionando o pressuposto da imprevisibilidade aos princípios contratuais retirados da Constituição, FIGUEIREDO, A. M. de S. **Ob. cit.**, p. 364 e baseando-se na eticidade que preside a nova codificação, MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G. C. L. **Ob. cit.**, p. 140 (os autores utilizam a mesma diretriz para interpretar a onerosidade excessiva prevista nos arts 478 a 480 do Código). Otavio Luiz RODRIGUES JUNIOR utiliza a figura do “bom pai de família” para determinar o que imprevisível ou não, o que é igualmente criticável, embora defenda em seguida que as circunstâncias fáticas que possibilitem a revisão do contrato devem ser lidas à luz dos princípios contratuais da boa-fé objetiva e da função social do contrato. (RODRIGUES JUNIOR, O. L. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002, p. 119-121). O enunciado 17 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho Superior da Justiça Federal ratifica a tendência de “objetivação” na exegese de tal dispositivo: “A interpretação da expressão ‘motivos imprevisíveis’, constante do art. 317 do novo Código Civil, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis, como também causas previsíveis, mas de resultado imprevisíveis”.

⁷⁴⁸ Sobre a teoria da onerosidade excessiva, vide parte II, Capítulo 1, item 1.2.

baseados nos artigos 1467 e 1468⁷⁴⁹ do Código Civil italiano, e nesse sentido cabe a análise com base na doutrina italiana, sendo utilizado para tanto a obra de Vincenzo ROPPO.⁷⁵⁰

A indagação inicial que se coloca é a relação da onerosidade excessiva com o artigo 317. Com efeito, constituem duas disposições que possibilitam a intervenção judicial no contrato, mas situadas em lugares completamente diferentes (a primeira na seção referente ao objeto do pagamento e a segunda no capítulo destinado à extinção dos contratos). A explicação pode ser retirada da casuística italiana.

Uma das hipóteses mais comuns a respeito da revisão contratual observada na jurisprudência italiana é a da correção monetária. Há, no entanto, um óbice legal considerável a revisão: o artigo 1277 do *Codice*⁷⁵¹ estabelece com veemência o princípio do nominalismo, determinando o pagamento em moeda pelo valor nominal ao tempo do pagamento. A saída foi recorrer-se à resolução por onerosidade

749

Artigo 1467 do Código Civil Italiano: “Nos contratos com execução continuada ou periódica (1360) ou de execução deferida, se a prestação das partes se tornam excessivamente onerosa pela verificação de eventos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tais prestações pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos pelo artigo 1458. A resolução não pode ser demandada se a onerosidade excessiva entra na álea normal do contrato. A parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la oferecendo a modificar equanimente as condições do contrato” (tradução livre de “*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione Del contratto, con gli effetti stabiliti dal l’art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*”). Artigo 1468 do Código Civil Italiano: “Nas hipóteses previstas pelo artículo precedente, se se trata de um contrato na qual um só das partes assumiu obrigações, esta pode requerer uma redução de sua prestação ou uma modificação na modalidade de execução, suficiente para reconduzi-la à equidade” (tradução livre de: “*Nell’ipotesi prevista dall’articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti há assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità*”).

750

ROPPO, V. **Ob. cit.**, especificamente p. 1015-1034.

751

Artigo 1277 do Código Civil Italiano: “Os débitos pecuniários se extinguem com moeda que tem curso legal no Estado ao tempo do pagamento e por seu valor nominal. Se a soma devida era determinada em uma moeda que não tem mais curso legal ao tempo do pagamento, este deve fazer-se em moeda legal atualizada pelo valor da primeira” (tradução livre de: “*I debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale. Se la somma dovuta era determinata in una moneta che non ha più corso legale al tempo del pagamento, questo deve farsi in moneta legale ragguagliata per valore alla prima*”).

excessiva, embora esta tutelasse o devedor (e o problema da depreciação da moeda é de interesse do credor⁷⁵²).

Criou-se, então, a chamada onerosidade indireta, liberando-se o credor da quantia em moeda da contraprestação, ou seja, reconhece-se o desequilíbrio entre prestação e contraprestação, de tal modo que o credor de dívida monetária pode pleitear a resolução porque seu crédito não mais corresponde de maneira equânime à contraprestação a ele atribuída.⁷⁵³

Certamente o legislador brasileiro, atento a esta situação, buscou evitá-la, relativizando, no artigo 317, o princípio do nominalismo e possibilitando a revisão da prestação de dar quantia em dinheiro. No entanto, descuro-se do princípio da conservação dos contratos em sua plenitude, pois para os demais casos estabeleceu como sanção aos casos de alteração do contrato por fatos supervenientes unicamente a resolução por onerosidade excessiva.

Nesse sentido, a segunda observação acerca do artigo 478 é a consequência que estipula à alteração das circunstâncias que onera uma das partes: a resolução. A intenção é de *liberar* o devedor, e não *preservar* o contrato, entendendo-se que é melhor destruir o vínculo contratual defeituoso do que mantê-lo em prejuízo de umas das partes.⁷⁵⁴ Essa solução, todavia, ignora a *importância do contrato na vida dos cidadãos, especialmente quando são instrumentalizados bens essenciais aos contratantes*.

Vincenzo ROPPO observa que os remédios contratuais codificados são inadequados, pois exclusivamente preocupados com o cancelamento dos efeitos do contrato.⁷⁵⁵ Assim se dá com as nulidades, com a resolução e com a rescisão. Tais soluções legislativas não atendem os contratos que “realizam operações de longa

⁷⁵² Sobre a problemática relação entre os citados dispositivos do Código Italiano (que, em verdade, regulam questões diversas), ROPPO, V. **Ob. cit.**, p. 1023.

⁷⁵³ ROPPO, V. **Ob. cit.**, p. 1021-1022.

⁷⁵⁴ ROPPO, V. *Idem*, p. 1041.

⁷⁵⁵ ROPPO, V. *Idem*, p. 1037.

duração, tecnicamente complexos e economicamente custosos...”.⁷⁵⁶ Tais contratações têm por “característica implicar uma relação muito intensa entre as partes, cada uma das quais (ao menos uma delas) organiza sua própria esfera em função daquela relação com a outra, que torna para ele absolutamente condicionante”.⁷⁵⁷

Há, portanto, uma dependência do contrato pelas partes que exige a reformulação dos remédios contratuais, que passam a visar à manutenção do contrato (*manutentivi*: “mantendo em vida o contrato”) ou de adequação, “adequando-o às circunstâncias e exigências supervenientes”.⁷⁵⁸ Nessa tarefa de “salvar o contrato”, “as técnicas utilizadas resumem-se na idéia de flexibilidade: evita-se a rigidez da alternativa entre cancelamento do contrato defeituoso e sua manutenção na forma defeituosa apresentada (mediante renúncia a acionar o remédio obstativo); dá-se ao contrato a capacidade de adaptar-se, flexivelmente, para prevenir às circunstâncias que o tornam defeituoso”.⁷⁵⁹

Nessa ordem de idéias, em nome do princípio da conservação dos contratos, é preciso buscar em primeiro lugar a conservação do contrato e não a sua resolução⁷⁶⁰. O remédio resolutório, então, destina-se apenas para a hipótese em que

⁷⁵⁶ ROPPO, V. *Idem*, p. 1041-1042.

⁷⁵⁷ ROPPO, V. *Idem*, p. 1042 (tradução livre de: “*caratteristica d’implicare una relazione molto intensa fra le parti, ciascuna delle quali (o almeno una delle quali) organizza la propria sfera proprio in funzione di quel rapporto con l’altra, che diventa per lei assolutamente condizionante*”).

⁷⁵⁸ ROPPO, V. *Idem*, *idem* (tradução livre de: “*adeguandolo alle circostanze ed esigenze sopravvenute*”).

⁷⁵⁹ ROPPO, V. *Idem*, p. 1044 (tradução livre de: “*Le tecniche utilizzate si riassumono nell’idea di flessibilità: si sfugge alla rigidità dell’alternativa fra cancellazione del contratto difettoso e sul mantenimento nell’assetto difettoso che presenta (mediante rinuncia ad azionare il rimedio ablativo); si dà al contratto la capacità di adattarsi, flessibilmente, per ovviare alle circostanze che lo rendono difettoso*”). Essa possibilidade de adaptação do contrato à realidade exterior comumente se dá de maneira consensual, por intermédio de cláusulas de escala móvel ou de cláusulas *hardship*. Mas a busca pela preservação do contrato não está restrita a autonomia privada, podendo, como visto especialmente no capítulo anterior, ser extraída do ordenamento jurídico.

⁷⁶⁰ “O aspecto mais atual da concepção de onerosidade excessiva parece, entretanto, residir menos na consequência da extinção do contrato, mas em via que se abre ao devedor, cuja prestação resulta notavelmente agravada. Sua tônica hodierna está exatamente na possibilidade de preservação do contrato, com o mero reajustamento das prestações, em ordem a restabelecer o equilíbrio. Fala-se menos em extinção, mas em readaptação das prestações” (GOMES, L. R. de F. **Ob. cit.**, p. 162). No mesmo sentido, enfocando a teoria da imprevisão, SANTOS, R. B. T. da S. P. dos. **Ob. cit.**, p. 52.

a manutenção do contrato seria ainda mais prejudicial para as partes do que a sua extinção:

Em resumo, as modificações supervenientes que atingem o contrato sem que possam ser qualificadas como integrantes do seu risco natural ou determinantes de sua extinção *ipsu iure* (p. ex.: destruição da coisa, sem culpa), podem ensejar pedido judicial de revisão do negócio jurídico, se ainda possível manter o vínculo com modificações nas prestações (arts. 317 e 479 do Código Civil), ou de resolução, nos termos dos arts. 317 e 478, a ser apreciado tendo em conta as cláusulas gerais sobre o enriquecimento injusto (art. 884), a boa-fé (art. 422) e o fim social do contrato (art. 421), se houver modificação da base do negócio que signifique quebra insuportável da equivalência ou a frustração definitiva da finalidade contratual objetiva.⁷⁶¹

A resolução, desse modo, é subsidiária à revisão, atuando somente na hipótese de ser inviável a manutenção do contrato.⁷⁶² Ressalte-se que os pressupostos para aplicação da resolução por onerosidade excessiva são mais rigorosos do que os previstos no artigo 317: além da imprevisibilidade, o artigo 478 exige a “extraordinariedade” e a “extrema vantagem” de uma parte, requisito este que

limita ainda mais o âmbito de abrangência da cláusula. Os fatos modificativos extraordinários incidem, quase sempre, de modo igual sobre as duas partes, tornando inviável a prestação, sem que disso decorra vantagem à outra; assim a guerra, as revoluções, os planos de intervencionismo econômico etc. Portanto, o último requisito é absolutamente inadequado para a caracterização da

⁷⁶¹ AGUIAR JUNIOR, R. R. de. **Extinção...**, p. 151.

⁷⁶² AGUIAR JUNIOR, R. R. de. *Idem*, p. 148. Nesse sentido, cabe ressaltar a proposta de reformulação dos dispositivos relacionados à resolução por onerosidade excessiva, de autoria do jurista e deputado federal Ricardo FIUZA (projeto de lei 6960/02), que altera capítulo II do título V do Código Civil de “Da extinção do contrato” para “Da revisão e da extinção do contrato” e estipula, em dispositivo próprio, a revisão contratual (estaria previsto no artigo 472 do Código). Justifica o relator do projeto que “A atual redação dada ao art. 478 do novo Código civil torna-se impertinente, inclusive por eleger a resolubilidade do contrato como regra (...)” (FIUZA, Ricardo. **O novo código civil e as propostas de aperfeiçoamento**, p. 85). Observe-se que embora o projeto corretamente especifique a possibilidade de revisão do contrato, prende-se ainda aos discutíveis pressupostos da extraordinariedade e imprevisibilidade (consubstanciados na expressão “acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual” constante da reformulada redação do artigo 472), fato que mantém a revisão contratual inserta em universo subjetivo, o que é criticável, como já se observou (v., nesse sentido, as reflexões sobre a teoria da imprevisão, parte II, cap. 1, item 1.2). No mesmo sentido, RIZZARDO, A. **Ob. Cit.**, p. 283: “Se, no curso do contrato, as circunstâncias não mais existem, ou desaparecem, não se justifica a manutenção do contrato. Mas, ao invés da resolução pura e simples, o mais prático consiste na recomposição das prestações, adequando-se às transformações surgidas, de sorte a retornar ao equilíbrio existente no início da formalização do ato bilateral de vontade”, NADER, P. **Curso de direito civil**, v. 3..., p. 187 e MELO, M. A. B. **Ob. cit.**, p. 105).

onerosidade, que existe sempre que o efeito do fato novo pesar demais sobre um, pouco importando que disso decorra ou não vantagem para outro.⁷⁶³

Cabe aqui a mesma advertência metodológica exposta no decorrer de toda a pesquisa: os requisitos devem ser lidos à luz da legalidade constitucional, ou seja, de modo objetivo (considerando-se os elementos concretos da relação contratual, tendo como norte o sinalagma contratual⁷⁶⁴) e no atendimento da justiça contratual⁷⁶⁵ (preservando o equilíbrio econômico⁷⁶⁶ e evitando que um contratante sofra um gravame de tal monta que frustre a sua expectativa no contrato⁷⁶⁷).

A revisão dos contratos no novo Código Civil, portanto, não se limita aos pressupostos fixos colocados pelas clássicas teorias que se debruçaram sobre o tema. A nova codificação brasileira contém dispositivos que, interpretados em consonância com as cláusulas gerais da boa-fé, da função social do contrato, do enriquecimento sem causa e, principalmente, com os princípios constitucionais, possibilitam o redesenho do contrato de modo a torná-lo instrumento de concretização dos valores existenciais e solidários privilegiados pelo constituinte.

⁷⁶³ AGUIAR JUNIOR, R. R. de. **Extinção...**, p. 152). Nesse sentido, FIUZA, R. **Ob. cit.**, p. 85, ressaltando que no projeto de reforma da codificação de sua autoria (6960/02) tal pressuposto foi retirado, pois “não se deve configurar a onerosidade excessiva, na dependência do contraponto de um grau de extrema vantagem. Isto significaria atenuar o instituto, sopesado por um compreensão menor”. Igualmente, ALVES, J. F. **Ob. cit.**, p. 426.

⁷⁶⁴ O Código brasileiro não exige os requisitos, como o faz o português (arts. 437º, 1 e 438º), de que a causa da onerosidade não esteja abrangida pelos riscos do contrato e da inexistência de mora do lesado (o já referido projeto 6960/02 os prevê expressamente), mas certamente tais fatores, por refletirem aspectos particularizados dos contratos, devem ser considerados pelo julgador (ressaltando que o equilíbrio contratual e a importância dos bens instrumentalizados pautarão a interpretação de qualquer requisito relacionado a revisão contratual).

⁷⁶⁵ “Já passaram os tempos em que os negócios constituíam fator de enriquecimento, quando alguém acumulava fortunas da noite para o dia. Ressurge o princípio da comutatividade, com o que são abolidos os vícios da usura, da lesão, do enriquecimento sem causa. A desproporção econômica é contrária à moral e à igualdade das pessoas”. (RIZZARDO, A. **Ob. cit.**, p. 283).

⁷⁶⁶ A adoção de forma a-crítica do requisito imprevisibilidade, observa MORAES, leva ao “perigo de se restringir exageradamente o campo de aplicação do instituto” (MORAES, R. J. de. **Ob. cit.**, p. 282). Nessa ordem de idéias, FELIPE e ALVES concluem que “o Código foi tímido na matéria”, já que “o equilíbrio contratual, a nosso ver, não deve ser buscado apenas em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” (FELIPE, Jorge Franklin Alves; ALVES, Geraldo Magela. **O novo código civil anotado**, p. 101). Os autores também defendem a preponderância da revisão sobre a resolução (FELIPE, J. F. A.; ALVES, G. M. *Idem, ibidem*).

⁷⁶⁷ Mesmo porque é decorrência direta da diretriz da socialidade, como consta expressamente da exposição de motivo (REALE, M. **Ob. cit.**, p. 71).

CONCLUSÃO

A revisão contratual diz respeito à flexibilização do princípio do *pacta sunt servanda*, fundamental na formação da teoria contratual tradicional. A sequência de fatos sociais demonstrou que a adoção irrestrita do princípio da obrigatoriedade dos contratos mostrava-se como fonte de injustiças e mazelas. Nesse sentido, o devir histórico comprovou que o apego exagerado à obrigatoriedade contratual poderia, em dadas hipóteses, contrariar o próprio objetivo do contrato: a composição de interesses consubstanciados em uma operação econômica com um mínimo de comutatividade (isto é, com a atribuição de ganhos e perdas para ambas as partes).

A análise do papel contemporâneo exercido pela revisão contratual passa, então, pela problematização do princípio do *pacta sunt servanda*, basilar na teoria contratual tradicional. Problematizar um princípio jurídico significa descobrir os efeitos positivos e negativos que traz para a realidade social; para realizar essa tarefa, é preciso mergulhá-lo na história adotando-se a premissa de que nenhuma categoria jurídica, independente de sua natureza, é imutável, estando sempre condicionada às transformações históricas. Desse modo, há uma eterna reconstrução de preceitos jurídicos, preservando-se o significante e alterando-se o significado.

A teoria jurídica contratual tradicional teve como base uma determinada concepção do Direito construída na modernidade. As alterações fundamentais nos aspectos econômico-social (consolidação do capitalismo, rompimento com a hierarquia entre classes e a possibilidade de ascensão social pelo acúmulo de capital), político (queda do sistema senhorial e hegemonia da classe burguesa) e no plano das idéias (desligamento da compreensão do mundo ligada à Deus e emancipação do homem ligada à razão). Tais transformações sociais foram incorporadas pelos juristas, trazendo ao Direito uma nova metodologia: a compreensão do fenômeno jurídico a partir de deduções lógico-abstratas, determinando as bases teóricas para a construção de preceitos jurídicos que consolidem a liberdade e a apropriação de bens.

A transposição do pensamento moderno para o mundo do Direito concretizou-se por meio do *jusracionalismo*, que deduzirá, a partir da razão, princípios superiores que buscarão revelar uma ordem universal, possibilitando a construção de uma teoria jurídica e de um sistema de leis que atenderão às demandas da época. O Direito natural racional sedimentou as noções de segurança e certeza jurídica, sustentáculos do positivismo; o jusracionalismo, então, abriu as portas para o positivismo, ou mais precisamente, o positivismo substituiu o jusnaturalismo e assim o fazendo decretou o declínio deste. Adotando como método o racionalismo e como fonte exclusiva do Direito a lei, as doutrinas positivistas acarretaram um apego exagerado ao formalismo, distanciando o mundo jurídico da realidade social.

O Direito, então, passa a ser coeso, seguro, previsível, efetivo. A construção jusfilosófica moderna gradativamente sedimentou os postulados jurídicos fundamentais necessários à consolidação de uma visão de mundo marcada pelo enaltecimento do indivíduo e pela liberdade ligada à apropriação de bens. A partir dessas premissas, constrói-se a teoria contratual, fundada na vontade individual (tradutora da liberdade contratual, em sua tríplice dimensão: de realizar o contrato, determinar seu conteúdo e escolher o parceiro contratual), na propriedade (o contrato é o aspecto dinâmico da propriedade, fazendo-a circular, de modo que a função do contrato tradicional é, exclusivamente, econômica) e na igualdade formal (todos os contratantes são iguais entre si, possibilitando a efetiva circulação de bens).

Tais postulados formam o esqueleto da teoria contratual tradicional, explicando todos os seus princípios nucleares: liberdade contratual exteriorizada em uma livre manifestação de vontade – autonomia da vontade – que, encontrando-se com outra vontade livre – consensualismo -, gera a absoluta obrigatoriedade do que se convencionou – *pacta sunt servanda*, efeitos contratuais por sua vez reduzidos a quem efetivamente participou da relação contratual (ou seja, manifestou sua vontade livremente) – relatividade dos contratos.

Os pressupostos da teoria contratual clássica apresentam-se como claros e efetivos óbices para o desenvolvimento da revisão dos contratos. Mas um aporte teórico exerceu peso maior nessa refutação: o personalismo ético kantiano. A ética

kantiana propicia uma aura em torno do contrato, tornando-o intangível. O valor máximo para Kant é a liberdade, e a moral é despida de toda e qualquer influência material. Ação moral, para Kant, é a que não é cumprida em respeito a um interesse material, mas somente para obedecer à lei do dever, pela máxima que a determina (ou seja, unicamente pelo princípio da vontade); a única inclinação que motiva o agir moral é o respeito ao dever, sendo excluído todo e qualquer impulso subjetivo.

A partir da concepção moral abstrata, Kant chega ao conceito de autonomia, ou seja, a faculdade de dar leis a si mesmo. Com efeito, se a moral é proveniente de uma consciência interna desprovida de qualquer paixão, a vontade moral é a vontade autônoma. Kant, ao tratar da ética, constrói os conceitos que sedimentariam teoricamente a doutrina da autonomia da vontade: o indivíduo livre que tem sua liberdade limitada única e exclusivamente por sua vontade.

A base filosófica kantiana possibilitou a construção de uma verdadeira “armadura ético-jurídica” em torno do contrato. Assim, o contratante está inexoravelmente vinculado ao conteúdo do contrato, ética e juridicamente.

Nessa ordem de idéias, a obediência irrestrita ao pacto passa a ser o substrato da justiça contratual. Não cumprir a prestação contratual significa cometer uma injustiça contratual e implica desrespeito a dever ético e jurídico. Igualmente, a partir da ética kantiana, inexistente contrato injusto, já que o exercício da autonomia (e, portanto, da liberdade) impede a concretização de um ato contrário a justiça. Em resumo, ninguém comete injustiças contra si mesmo.

Todo esse arcabouço teórico impede a formatação de uma teorização em torno da revisão dos contratos, vista como uma espécie de subterfúgio para não realização de obrigações livremente assumidas ou como uma ameaça à segurança necessária à consolidação do sistema capitalista.

O reflexo maior do quadro exposto foi a não adoção da medieval cláusula *rebus sic stantibus* pelas grandes codificações européias (o estudo tomou por base os dois principais códigos europeus: o *Code Civil* francês de 1804 e o BGB alemão de 1896). Sistematizada por Bártolo, referida cláusula era conhecida pelos principais

juristas da era da codificação. A sua não aceitação pelos códigos é demonstração do temor acerca da possibilidade de revisão do conteúdo de contrato formado pela conjugação de livres manifestações de vontade. No entanto, embora sejam codificações liberais, a sistemática do código francês difere da sistemática da codificação alemã, o que implica consequências para a teorização em torno da revisão contratual.

A sistemática francesa caracteriza-se como um verdadeiro sistema legal fechado, baseado em axiomas logicamente formulados, abstratos e irreduzíveis. O sistema fechado apresenta, principalmente, a pretensão de auto-suficiência. Assim, objetiva regular todos os conflitos e tensões sociais a partir de preceitos lógicos exclusivos e imutáveis. Com isso, aprisiona toda a realidade e a filtra, de modo a reduzir toda complexidade social aos seus enunciados normativos.

Isso significa que os conceitos jurídicos passam a ser um fim em si mesmo. Constrói-se uma verdadeira inversão da relação Direito/sociedade: não é a realidade social e os problemas que dela brotam a base da teoria jurídica (constituindo assim a base para formulação e explicação dos conceitos jurídicos), mas os conceitos que informam a realidade social. A tarefa do jurista, pois, era a de adequar a realidade aos preceitos legais.

Desse modo, a idéia de revisão judicial dos contratos mostra-se completamente incompatível com o sistema francês. Revisar um contrato, qualquer que fosse a causa que poderia ensejar a revisão (seja por fatos supervenientes ou circunstâncias presentes na contratação, como a lesão), significa respeitar os fatos subjacentes ao contrato, o que contraria uma sistemática calcada em axiomas abstratos que condicionam a realidade.

A sistemática alemã é diferenciada, pois valoriza o elemento histórico. A Escola Histórica Alemã critica diretamente o legalismo francês, repudiando-o arbitrário e metafísico. Valoriza, ao contrário, elementos histórico-culturais que deveriam ser apreendidos pela ciência do direito. O fenômeno jurídico, nesta ótica, deveria ser apreendido na evolução cultural de um dado povo (daí a importância do

espírito do povo – *Volksgeist*). A aversão ao legalismo implica o repúdio às idéias principais que caracterizam a sistemática francesa, hermética em torno de axiomas centrais imutáveis (embora a Escola Histórica também enfatizasse o elemento filosófico-sistemático, que desaguou em doutrinas formalistas posteriores).

O pensamento sistemático alemão, em que pese adotar as mesmas premissas liberais predominantes no cenário europeu da época, representa uma abertura, de menor ou maior grau, do Direito à realidade social, abertura esta completamente inexistente no espaço jurídico francês. Tal abertura propiciará o desenvolvimento de teorizações em torno da revisão contratual, a começar pela teoria da pressuposição de Bernard Windscheid.

A teoria da pressuposição tem cunho eminentemente subjetivista, configurando-se como uma condição não resolvida, condicionando-se a manifestação de vontade a um certo estado de coisas. Seu principal mérito foi recolocar em pauta a problemática da revisão dos contratos.

O Código Civil brasileiro, estatuto legislativo consolidador do pensamento liberal em território nacional, não disciplinou a revisão dos contratos. No entanto, a influência do Direito lusitano, sempre permeável à doutrina estrangeira (bartolonismo), possibilitou um desenvolvimento teórico preocupado com a revisão dos contratos no início do século XX. Desse modo, a doutrina brasileira mostrou-se aberta à problemática da revisão contratual.

A crise econômica propiciada pelas guerras do início do século passado levou ao resgate definitivo das preocupações em torno da revisão dos contratos. Nesse sentido, desenvolveram-se várias teorias em torno do tema, sendo enfatizadas duas, pela influência que exerceram no Direito pátrio: a da imprevisão (de origem francesa), e a sua variante italiana denominada de “onerosidade excessiva”, e a da base negocial, desenvolvida na Alemanha.

A diferença entre as duas vertentes teóricas está na valoração do vontade dos contratantes: a primeira mostra-se presa àquilo que fora acordado no contrato (busca-se a preservação da vontade inicial dos contratantes), ao passo que a segunda,

a partir da reformulação operada por Karl Larenz, enfatiza, ainda que de forma tímida (pois também atrelada a vontade das partes), um elemento objetivo, o equilíbrio das prestações.

Cabe indagar se tais teorias têm condições de enfrentar os desafios da sociedade de massas atual. O que se observa da jurisprudência é a adoção de tais teorizações para resolver casos ligados a problemas contemporâneos, tais como os dos contratos de adesão, em que há um esvaziamento axiológico do princípio da autonomia privada. Nesse sentido, é tarefa da contemporaneidade buscar reestabelecer a autodeterminação individual, que viabiliza a concretização de um contrato equilibrado e coerente com os reais interesses dos contratantes (não os apenas os formais, apresentados pelas declarações de vontades expostas no instrumento contratual).

Além disso, é necessário inserir a revisão dos contratos na teoria contratual contemporânea, cujas bases principais estão expostas na Constituição da República. O papel da revisão dos contratos é, então, redimensionado à luz dos valores e princípios constitucionais. Mais precisamente, a revisão contratual passa a ser vista como instrumento dogmático que permite a concretização dos princípios e valores constitucionais na relação contratual, redesenhando-a sob a inspiração da Carta magna.

Desse modo, o contrato é revisado com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social (do qual se extraem os princípios da boa-fé, da função social do contrato) e da igualdade substancial (de onde se retira o princípio da justiça contratual ou do equilíbrio econômico). Já é perceptível na jurisprudência, conforme alguns julgados citados durante a pesquisa, a revisão dos contratos como instrumento de concretização dos princípios fundamentais expostos na Constituição da República. A expansão dos limites da revisão dos contratos demonstra-se com a gradativa aceitação da existência de causas de revisão do contrato contemporâneas à contratação (como a lesão e as cláusulas abusivas).

A principiologia constitucional não atua somente no redimensionamento do papel da revisão contratual, mas também fundamenta uma hermenêutica reconstrutiva que possibilita retirar de dispositivos legais alternativas que consubstanciam a preservação do contrato. Nesse sentido, a nova codificação brasileira contém artigos que, se lidos à luz das cláusulas gerais da boa-fé, da função social do contrato, do enriquecimento sem causa e dos princípios e valores constitucionais, potencializam a preservação do contrato.

Assim, a lesão (artigo 157), o abuso do direito (artigo 187 - ainda mais em conjugação com os dispositivos protetivos do contratante aderente - artigos 423 e 424), viabilizam a revisão dos contratos por causas contemporâneas à contratação. Os artigos 317 e 478, embora tragam ao nosso ordenamento a teoria da imprevisão, se lidos em consonância com os valores e princípios constitucionais, permitem ao juiz a valoração de elementos concretos e possibilitam a concretização da justiça contratual.

A revisão contratual tem, assim, seus contornos redimensionados e passa a exercer papel condizente com o seu tempo: a de instrumento de revitalização do contrato redesenhada nos termos constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. 2ª. ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

_____. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 775, p. 18-31, mai. 2000.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 9ª ed. rev. e amp. Coimbra: Almedina, 2003.

ALPA, Guido. **Il contratto tra passato e avvenire**. Prefácio In: GILMORE, Grant. **La morte del contratto**. Tradução de: Andréa Fusaro. Milão: Giuffrè, 1999, p IX a XVII.

ALTERINI, Atilio Aníbal. **Contratos**: civiles, comerciales, de consumo: teoría general. 1ª reimp. Bueno Ayres: Abeledo-Perrot, 1999.

ALVES, Jones Figueiredo. **Novo código civil comentado**. FIUZA, Ricardo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2002.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Evolução do direito civil brasileiro. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 24, p. 74-89, jun. 1983.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**, v. I. 9ª ed. rev. e atual. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 2ª ed. atual. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil. In: **Questões controvertidas no novo código civil**, v. 2. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves (Coord.). São Paulo: Método, 2004, p. 167-190.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código civil comentado**: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. O novo código civil brasileiro: tramitação, função social do contrato, boa-fé objetiva, teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: **Questões controvertidas no novo código civil**, v. 2. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves (Coord.). São Paulo: Método, 2004, p. 9-29.

_____. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: Existência, validade e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000.

_____. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 797, p. 11-26, mar. 2002.

_____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. 5ª reimp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996.

_____. **El individualismo propietario**. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. A revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente á contratação positivada no Código do Consumidor, sob a perspectiva civil-constitucional. In: **Problemas de direito civil-constitucional**. Gustavo Tepedino (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 279-305.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Temas de direito constitucional**, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3-46.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos.** São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro em perspectiva comparativista. **Revista da faculdade de direito da universidade federal do rio grande do sul.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, p. 60-77, nov. 1993.

BESSONE, Darcy. **Do contrato:** teoria geral. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos.** São Paulo: Saraiva, 1949.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. **Direito dos contratos e dos atos unilaterais.** 2^a ed. rev. atual. e amp. de acordo com o novo código civil por Carlos Alberto Bittar Filho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. A intervenção estatal na economia contratual e a teoria da imprevisão. In: **Contornos atuais da teoria dos contratos.** _____ (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 20-35.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant.** Tradução de: Alfredo Fait. 3^a ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

_____. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil:** com referências ao código civil de 1916 e ao novo código civil. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 419465, do Distrito federal. MI Alimentações e Diversões Ltda. *versus* Ete – Engenharia de Telecomunicações e Eletricidade Ltda. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, 4^a turma. Acórdão de 25 fevereiro de 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, 5 de maio de 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 8.473 do Rio de Janeiro. Muanis Imobiliária Ltda. *versus* Augusto Valentim Filho. Relator: Ministro Athos Gusmão Carneiro, 4^a turma. Acórdão de 23 de outubro de 1991. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 25 de novembro de 1991, p. 17079.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 87.226 do Distrito Federal. Márcio José Chaves da Nóbrega *versus* Encol S/A Engenharia Comércio e Indústria. Relator: Ministro Costa Leite, 3ª turma. Acórdão de 21 de maio de 1996. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 5 de agosto de 1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 412.579 do Rio Grande do Sul. Abn Amro Arrendamento Mercantil *versus* Claudio Cesar de Musacchio Leite. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 3ª turma. Acórdão de 11 de junho de 2002. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 813, p. 232-235, jul. 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 361.694 do Rio Grande do Sul. Finasa Leasing Arrendamento Mercantil S/A *versus* Benedito Tadeu Cesar. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, 3ª turma. Acórdão de 26 de fevereiro de 2002. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 25 de março de 2003, p. 281.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 73370 do Amazonas. Encol S/A Engenharia Comércio e Indústria *versus* Benjamim Matias Fernandes Filho. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª turma. Acórdão de 21 de novembro de 1995. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 12 de fevereiro de 1996, p. 2433.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 620871 de Minas Gerais. Sociedade Brasileira de Artefatos de Latex Ltda. *versus* Daimler Crysler Leasing Arrendamento Mercantil S/A. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª turma. Acórdão de 22 de junho de 2004. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 22 de novembro de 2004, p. 363.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 12.547 do Distrito Federal. Impetrante: Willian David Ferreira. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Acórdão de 1º jun. 2000. **Diário da Justiça da União**, dia 12 de fevereiro de 2001, p. 115.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 374.351/RS. Fiat Leasing S/A Arrendamento Mercantil *versus* Tereza Gallo da Cruz. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, 3ª turma. Acórdão de 30 de abril de 2002. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 24 de junho de 2002, p. 17079.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de: Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANARIS, Claus-wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de: Antônio Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. 4. Les obligations. Paris: PUF, 270.

CARPENA, Heloísa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Abuso do direito no código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: **A parte geral do novo código civil: estudos nas perspectiva civil-constitucional**. Gustavo Tepedino (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 367-385.

CARVALHO FERNANDES, Luís A. **A teoria da imprevisão no direito civil português**. reimp. atual. Lisboa: Quid Juris, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**, v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CHÂTELET, François. **Uma história da razão: entrevistas com Émile Noël**. Tradução de: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

CÓDIGO CIVIL. PORTUGAL.

CÓDIGO CIVIL. BRASIL. Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916.

CÓDIGO CIVIL. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

CODICE CIVILE: com la costituzione della repubblica italiana e le principali leggi speciali. Milão: Tramontana, 1989. A cura di L. Sebastiani.

COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. **Max Weber e a história**. Tradução de: Eduardo Piavati Pereira. São Paulo: Brasiliense, 1995.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino da propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Dilvanir José da. **Sistema de direito civil à luz do novo código**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COUTO E SILVA, Clóvis do. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In: **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Vera Maria Jacob de Fradera (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-96.

_____. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Vera Maria Jacob de Fradera (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11-31.

_____. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Vera Maria Jacob de Fradera (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 33-58.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra: 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DELGADO, José Augusto. **Comentários ao novo código civil**, v. XI, t. I: das várias espécies de contrato, do seguro. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DÍAZ, Elias. **Sociologia y filosofía del derecho**. Madrid: Taurus, 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil**, v. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DURANT, Will. **A história da filosofia**. Tradução de: Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1996.

ESPÍNOLA, Eduardo. A cláusula “rebus sic stantibus” no direito civil brasileiro. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 137, p. 281-292, set. 1951.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**: consequências práticas. Curitiba, Educa e *Scientia et Labor*, 1988.

_____. Dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico tradicional a partir de Pontes de Miranda. **Revista tridimensional de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, , v. 1, p. 59-67, jan./mar. 2000.

_____; Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 87-104.

FELIPE, Jorge Franklin Alves; ALVES, Geraldo Magela. **O novo código civil anotado**. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: RT, 1980.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004.

FIUZA, Ricardo. **O novo código civil e as propostas de aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid: Cívitas, 1986.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e história**: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha. Curitiba, 1998, 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

_____. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: Ltr, 2002.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. **Manual dos contratos em geral**. Lex: Lisboa, 1965.

GEDIEL, José Antônio Peres Gediél. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GUESTIN, Jacques; BILLIAU, Marc. **Le prix dans les contrats de longue durée**. Paris: LJDJ, 1990.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Contratos**. Rio de Janeiro: 7ª ed. Forense, 1979.

_____. **Introdução ao direito civil**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GILMORE, Grant. **La morte del contratto**. Tradução de: Andréa Fusaro. Milão: Giuffrè, 1999.

GLITZ, Frederico Eduardo Zinedine. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico. In: **Diálogos sobre direito civil**. Carmem Lúcia Silveira Ramos et al. (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no código civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRIMBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2ª ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

_____. Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX. Separata de **Vértice**. Coimbra, nº 340 e 341-342, p. 3-45, 1972.

JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats**: étude comparative de droit françois, allemand et japonais. Paris: Dalloz, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas de: Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de: José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Tradução de: Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais nos contratos. **Revista trimestral de direito civil**. Padma: Rio de Janeiro, v. 16, p. 103-113, out./dez. 2003.

_____. **O contrato**: exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Comentários ao código civil**: parte especial: das várias espécies de contratos, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Código civil anotado**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de: Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUCCA, Newton de. **Comentários ao novo código civil**, v. XII: dos atos unilaterais, do título de crédito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Novo código civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. 2ª ed. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre ‘cosmos’ e ‘taxis’: a boa-fé nas relações de consumo. In: **A reconstrução do direito privado**. _____ (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

_____. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos tribunais**. São Paulo; Revista dos Tribunais, v. 670, p. 41-48, ago. 1991.

_____. **Comentários ao código civil**, v. V, t. I.: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. t. II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Marcelo Guerra. **Lesão contratual no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Luiz Edson Fachin (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 87-114.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado**, v. III, t. I. J. M. Leoni Lopes de Oliveira (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. reimp. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. Introdução. Prefácio. In: CANARIS, Claus-wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2ª ed.. Tradução de: António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Tradução de: Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação cível nº 264.003-9. Espólio de Danilo José Coscarelli *versus* Unimed-BH Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Relatora: Juíza Maria Elza, 4ª câmara cível. Acórdão de 10 de fevereiro de 1999. **Jurisprudência brasileira**: cível e comércio. Curitiba: Juruá, v. 193, p. 107-121, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-147.

_____. O princípio da solidariedade. In: **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Antônio Celso Alves Pereira e Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 527-556.

MORAES, Renato José de. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria do direito civil**. 3ª ed. atual. 11ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v. 2: obrigações. 1ª ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Curso de direito civil**, v. 3: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001.

_____. Ética e boa fé no adimplemento contratual. In: **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro**. Luiz Edson Fachin (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 173-210.

_____. O contrato em movimento no direito pós-moderno. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 10, p. 275-280, abr./jun. 2002.

_____. Introdução à problemática dos princípios gerais do direito e os contratos. In: **Contrato & sociedade: princípios de direito contratual** _____ (Org.). Curitiba: Juruá, 2004, p. 11-24.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. Comentários aos artigos 46 a 54. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. Contratos no código civil: apontamentos gerais. In: **O novo código civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale**. Domingos Franciulli Netto Gilmar Ferreira Mendes; Ives Gandra da Silva Martins Filho (Coord.). São Paulo: LTr, 2003, p. 398-444.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo código civil. In: **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Gustavo Tepedino (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 251-289.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

OTHON SIDOU, J. M.. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula *rebus sic stantibus*; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PARANÁ. Tribunal de Alçada do Paraná. Apelação cível nº 186.102-9. Wilson Baggio, Maria Thereza Michelin Baggio e Pedro Baggio Neto *versus* Banco do Brasil S.A. Relatora: Rosana Fachin, 2ª câmara cível. Acórdão de 30 de outubro de 2002 (acórdão em mãos).

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação cível nº 96.025-8. Shell do Brasil S.A. *versus* Realgás Comércio de Derivados de Petróleo Ltda. Relator: Desembargador Fleury Fernandes, 5ª câmara cível. Acórdão de 14 de novembro de 2000 (acórdão em mãos).

PASCAL, Georges. **O pensamento de Kant**. Tradução de: Raimundo Vier. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**. Petrópolis: 6ª ed. Vozes, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. Cláusula “Rebus sic stantibus”. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 92, p. 797-800, dez. 1942.

_____. **Instituições de direito civil**, v. III. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Lutero de Paiva. **Crédito rural**. Curitiba: Juruá, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato**. Nápoles: Scientifiche Italiane, 2003.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo de instrumento nº 84590-9. Regivalda Cardozo Galvão *versus* Banco Bradesco S.A. Relator: Juiz Jones Figueirêdo, 4ª câmara cível. Acórdão de 12 de dezembro de 2002. Disponível na internet via www.tjpe.gov.br. Acesso em 07 fev. 2005.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro**. Curitiba, 2004, 378 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial, t. XXV. 3ª ed. reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Tratado de direito privado**: parte geral, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Luiz Edson Fachin (Coord.). Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 3-29.

RAY, José Domingo. **Frustración del contrato**. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1996.

REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. 2ª ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso cível nº 71000558239. Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. – Unimed *versus* Silvio dos Santos Goulart. Relatora: Maria José Schmitt Santanna. Acórdão de 26 de outubro de 2004. Disponível na internet via: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 14 janeiro 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70007892524. Jorge Luis Flores Castana *versus* Fin Hab Crédito Imobiliário S.A. Relatora: Fabianne Breton Baisch. Acórdão de 20 de outubro de 2004. Disponível na internet via: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 14 janeiro 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70008679045. Michel Herbele *versus* Banco Itau S.A. Relator: Luís Augusto Coelho Braga.

Acórdão de 23 de junho de 2004. Disponível na internet via: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 14 janeiro 2005.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução de: Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité de droit civil**: d'après le traité de Planiol, t. II: obligations; contrat; responsabilité; droits réels; biens; propriété. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1990.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milão: Giuffrè, 2001.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. In: **Direito civil constitucional**: situações patrimoniais. RAMOS, Carmem Lúcia Silveira Ramos (Coord.). 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 11-39.

_____. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A lesão nos contratos e a nova codificação brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 15, p. 21-40, jul./set. 2003.

SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula 'rebus sic stantibus' ou teoria da imprevisão**: revisão contratual. Belém: CEJUP, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil, v. III: fontes das obrigações: contratos**. 6ª ed. rev. e atual. Por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

SILVA FILHO, Artur Marques. Revisão judicial dos contratos. In: **Contornos atuais da teoria dos contratos**. Carlos Alberto Bittar (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 120-160.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do código civil ao código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SPEZIALI, Paulo Roberto. **Revisão contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Regards sur la théorie de l'imprevision: vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain**. Marseille: Presses Universitaires D'aix, 1994.

TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo código civil. In: **Questões controvertidas no novo código civil**. Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves (Coord.). São Paulo: Método, 2003, p. 125-148.

_____. **A função social do contrato: do código de defesa do consumidor ao novo código civil**. São Paulo: Método, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: **Temas de direito civil**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 217-237.

_____. A teoria da imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do chamado plano cruzado. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 301, p. 73-83, jan./mar. 1988.

_____. et al. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos. Elementos para a configuração de um direito da crise econômica. In: **Temas de direito civil**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 79-125.

_____. Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil. In: **Temas de direito civil**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XV a XXIII.

_____. Editorial. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 15, p. iii-iv, jul./set. 2003.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**, v. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. de 1993, p. 21-32.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil, v. III, t. I**: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2001.

VIANA, Marco Aurelio S. **Curso de direito civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia política**: Hegel e o formalismo kantiano. Petrópolis: Vozes, 1999.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WOLKMER, Antonio Carlos. 4ª ed. rev. atual. e amp. **Ideologia, estado e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **História do direito no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ÍNDICE

RESUMO.....	vii
RIASSUNTO.....	viii
RESUMEN.....	ix
INTRODUÇÃO.....	1
PARTE I: A FORMATAÇÃO DA REVISÃO CONTRATUAL SOB OS PRESSUPOSTOS DA TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL.....	8
Capítulo 1 DIREITO E RACIONALIDADE MODERNA: A CONSTRUÇÃO DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS COM PRETENSÃO DE UNIVERSALIDADE E PERPETUIDADE.....	8
1.1 Premissa metodológica: análise histórico-crítica de institutos e princípios jurídicos.....	8
1.2 Segurança e certeza jurídica como pilares fundamentais na construção da teoria jurídica moderna.....	20
1.3 O advento de uma teoria contratual racional, universal e com pretensão de perpetuidade.....	29
Capítulo 2 A TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL E A ABSOLUTA VALORIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO IRRESTRITO DO CONTEÚDO DO PACTO.....	39
2.1 Propriedade, liberdade, vontade individual: os pilares fundamentais da concepção tradicional do contrato.....	39
2.2 A influência da ética kantiana na teoria contratual: a valorização ético-jurídica do cumprimento irrestrito do conteúdo contratual.....	52
2.3 A armadura ética e jurídica em torno do contrato: a superlativização do princípio da obrigatoriedade dos contratos como substrato da justiça contratual.....	62

Capítulo 3 REVISÃO DOS CONTRATOS NO UNIVERSO DA TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL E A SUA REPERCUSSÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO DO INÍCIO DO SÉCULO PASSADO.....73

3.1 A sistemática francesa e a incompatibilidade com a idéia de revisão do conteúdo do contrato.....76

3.2 A revisão dos contratos na sistemática alemã e a gradativa abertura à problemática revisional: a teoria da pressuposição de Windscheid.....85

3.3 O silêncio do Código Civil brasileiro de 1916 a respeito da revisão contratual: a irrestrita adoção das premissas da teoria contratual tradicional pelo primeiro codificador pátrio.....96

PARTE II: CRISE DA TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL E A REFORMULAÇÃO DO PAPEL DA REVISÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO.....110

Capítulo 1 O RESGATE DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EM MEIO À CRISE DA TEORIA CONTRATUAL TRADICIONAL: O RESSURGIMENTO DA REVISÃO DOS CONTRATOS EM DECORRÊNCIA DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS.....110

1.1 A insuficiência da teoria contratual tradicional para responder às novas demandas sociais: massificação social, importância da revisão dos contratos e a intensificação da problemática da alteração das circunstâncias.....110

1.2 O ressurgimento da revisão contratual ainda presa às premissas da teoria contratual tradicional: as teorias revisionistas subjetivas da imprevisão e da onerosidade excessiva e a sua repercussão na doutrina e jurisprudência brasileira.....124

1.3 A teoria da base do negócio objetiva de Larenz e a busca da superação do subjetivismo na revisão dos contratos.....141

Capítulo 2 A RECONSTRUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL À LUZ DA ORDEM CONTEMPORÂNEA E A RECONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO

PACTA SUNT SERVANDA: O PAPEL EMANCIPATÓRIO DA REVISÃO DOS CONTRATOS.....151

2.1 A reconstrução da teoria contratual na ordem contemporânea e a busca do papel emancipatório da revisão dos contratos à luz de uma racionalidade tópico-sistemática: a revisão dos contratos como instrumento de perene revitalização do contrato.....151

2.2 O redimensionamento do papel da revisão contratual à luz da tábua axiológica constitucional.....160

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana: a repersonalização do vínculo contratual e a revisão dos contratos.....160

2.2.2 Solidariedade contratual, boa-fé e função social do contrato: a superação do individualismo.....172

2.2.3 Resgate da justiça contratual: reequilíbrio das prestações.....186

2.3 Prenúncio do novo papel da revisão contratual: a modificação do conteúdo do pacto por causas contemporâneas à contratação (cláusulas abusivas e lesão) e a consolidação do princípio da conservação dos contratos.....193

Capítulo 3 O PAPEL CONTEMPORÂNEO DA REVISÃO CONTRATUAL E A NOVA CODIFICAÇÃO BRASILEIRA: LEITURA DOS DISPOSITIVOS CODIFICADOS QUE PERMITEM A REVISÃO CONTRATUAL À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL.....204

3.1 Hermenêutica construtiva e superação do estrito legalismo: releitura de institutos e dispositivos legais à luz da principiologia constitucional.....204

3.2 As causas contemporâneas da revisão dos contratos na codificação brasileira de 2002: lesão (art. 157), abuso do direito (art. 187), cláusulas abusivas e a possibilidade de redução da cláusula penal (art. 413).....213

3.3. As causas supervenientes da revisão dos contratos: os artigos 317 e 478 do Código Civil brasileiro sob o enfoque dos valores presentes à contemporaneidade.....229

CONCLUSÃO.....	241
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	248